

Clio, Jupiter et Mercure

De l'importance de l'analyse historique pour l'étude du droit public économique contemporain

Pierre-Olivier DE BROUX – Professeur aux FUSL

Dimitri YERNAULT – Maître d'enseignement à l'ULB et à l'UMons

RÉSUMÉ

L'étude approfondie du droit public économique a fait l'objet de la thèse respective de chacun des deux auteurs. Pierre-Olivier de Broux l'a abordé du point de vue de la théorie du service public et du droit européen des services d'intérêt économique général, alors que Dimitri Yernault l'a abordé du point de vue des rapports entre l'Etat et la propriété. La présente contribution contient la synthèse de leurs recherches respectives, telle que prononcée lors de leur dissertation orale. Ces deux dissertations sont précédées d'une introduction méthodologique commune. Les auteurs ont en effet tous deux constatés l'utilité réelle, pour leur analyse juridique, d'un regard historique étendu, illustré ici par un bref panorama bibliographique de l'histoire du droit public économique belge. Au-delà de la seule compréhension des théories juridiques en vigueur, le regard ainsi posé sur le passé peut en effet pleinement participer, selon eux, à la (ré-)construction des concepts juridiques.

SAMENVATTING

Het economisch publiekrecht werd grondig onderzocht in de respectievelijke thesissen van elk van beide auteurs. Pierre-Olivier de Broux benadert het onderwerp vanuit de theorie van de openbare dienst en het Europees recht betreffende de diensten van algemeen economisch belang. De invalshoek van Dimitri Yernault is daarentegen de verhouding tussen Staat en eigendom. Deze bijdrage is een synthese van hun respectievelijk onderzoek, zoals dat werd uiteengezet tijdens de mondelinge presentatie van hun thesis. De twee verhandelingen worden voorafgegaan door een gemeenschappelijke methodologische inleiding. Beide auteurs hebben immers vastgesteld dat een ruime historische blik voor hun juridische analyse bijzonder nuttig is. Die wordt hier geïllustreerd met een bondig bibliografisch overzicht van de geschiedenis van het Belgisch economisch publiekrecht. Deze blik op het verleden maakt niet alleen de huidige juridische theorieën begrijpelijker, maar kan volgens hen ook juridische concepten helpen te (re)construeren.

Du hasard à la nécessité

Entre le tout puissant Jupiter, figure de l'Etat en surplomb, et celle du svelte Mercure aux pieds ailés, figure du commerce, l'austère Clio aurait pu trouver une place d'autant plus restreinte que, si les deux premiers appartiennent au panthéon, elle n'est, dans la hiérarchie de l'Olympe, qu'une muse bardée de sa tablette et de son stylet, elle qui narre les épopées. Entre les actes posés

par qui doit guider et accompagner la marche de la société et qui doit pourvoir aux besoins quotidiens des circuits économiques tant ceux des marchés complexes que de la « simple » subsistance individuelle¹, se livrer à l'exercice historique pourrait, en effet, passer pour un passe-temps, sans doute intellectuellement intéressant, mais relativement vain. Car étudier l'écoulement du temps équivaldrait à perdre du temps, suprême gâchis dans des économies - mondes où le milliard circule à

¹ Il va sans dire que le triptyque de Fernand BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme*, Paris, Armand COLIN, 1979 (réédité par le Livre de Poche en 1993) a exercé une influence déterminante sur tous deux.

une vitesse quasi lumineuse.

Néanmoins, de même que la péréquation des tarifs des prestations de service public n'est pas née de la cuisse dudit Jupiter mais de ses gestes et de son cerveau, l'on aurait tort de croire que le sauvetage hoquetant du secteur financier par l'Etat depuis la fin septembre 2008, est la grande première que d'aucuns tentent de présenter comme telle. 1839, 1848, 1873, les années 1930... ont précédé.

C'est en 2008 justement que nous avons découvert, au hasard d'une journée d'étude consacrée au service public², que nous étions engagés dans des travaux de recherche assez proches. Surtout, nous avons constaté être parvenus, sans concertation préalable, à une conclusion identique: il n'était pas aisé d'approfondir le droit public économique sans recourir aux faits et pratiques du passé. Dans la dernière ligne droite de nos recherches doctorales respectives, nous en avons été convaincus: l'étude du passé est indispensable à l'analyse juridique des rapports entre l'Etat et l'économie. Clio est l'incorruptible muse révélatrice des rapports complexes entre Jupiter et Mercure.

L'un et l'autre sommes donc retournés, parfois aux confins du Moyen-âge et certainement aux origines de la Belgique indépendante, pour retrouver l'origine de ces relations, et retracer leur évolution jusqu'à nos jours. L'un au travers du droit des industries de réseaux, l'autre au travers de la coexistence des institutions de l'Etat et de la propriété. Nos démarches scientifiques sont parfaitement parallèles et ont exigé le dépouillement d'un volume considérable de législations, de travaux parlementaires, de jurisprudence et de travaux doctrinaux, présentés dans une perspective chronologique et historique, et dont nous avons tenté la (vaine) synthèse. Pour qui douterait de son utilité, la Pasinomie fut l'une de nos plus fidèles compagnes, suivie de près par les cyclopéennes Pandectes belges.

Les résultats de nos recherches nous paraissent avoir conforté, au-delà même de nos espérances, la nécessité du recours à l'histoire. Outre l'apport proprement intellectuel aux sciences juridique et historique, nous avons tous deux pu dégager des conclusions juridiques dont nous avons la faiblesse de penser qu'elles sont susceptibles de revigorer significativement le champ du droit public économique et, pourquoi pas ? de l'histoire économique en apportant à celle-ci un éclairage proprement juridique. Avant de les présenter, nous avons tenus à souligner les apports communs de nos démarches, sur le plan historiographique d'abord, sur celui de la théorie et de la science du droit ensuite, en les illustrant enfin par un exemple commun.

L'apport historiographique

Il n'existait pas à ce jour d'études globales sur l'histoire du droit public économique en tant que tel en Belgique, ni dans la littérature historique, ni dans la doctrine juridique³.

Seule la science économique comble partiellement ce vide, grâce aux travaux d'Isabelle Cassiers et de Joseph Pirard⁴. En ce qui concerne ce dernier surtout, malgré une démarche résolument empruntée à l'école économique du *Public Choice* que nous ne partageons nullement, la reconstitution et le traitement proprement époustouffants des comptes nationaux auxquels il s'est livré sera longtemps irremplaçable. Sur le plan méthodologique, nous avons en quelque sorte substitué le recensement du droit adopté par le pouvoir politique à celui des comptes budgétaires de l'Etat mais il faut bien constater que nous arrivons également à une structuration chronologique largement semblable à celle de Pirard.

Après des décennies de discrétion, la recherche en histoire du droit reprend certes une vigueur enthousiasmante⁵, mais en s'intéressant principalement au monde

² H. DUMONT *e.a.*, *Le service public, 1. Le service public: passé, présent et avenir*, et 2. *Les 'lois' du service public*, Bruxelles, la Charte, 2009, 2 vol (Bibliothèque de droit administratif, 10). Nous nous sommes encore retrouvés lors de la journée d'études de novembre 2010 coordonnée par P. JADOUL *e.a.*, *Le paraétatisme. Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Bruxelles, La Charte, 2010 (Bibliothèque de droit administratif, 11).

³ Les indications qui suivent ne concernent que des tendances observées dans la littérature scientifique contemporaine. Les bibliographies de nos thèses révèlent évidemment bien plus de travaux dus à des auteurs issus de diverses disciplines. Nous mettons ici en commun des références usitées par tous deux ou par un seul.

⁴ I. CASSIERS et Ph. LEDENT, *Politique monétaire et croissance économique en Belgique à l'ère de Bretton Woods (1944-1971)*, Bruxelles, Banque Nationale de Belgique, 2005; I. CASSIERS, *Croissance, crise et régulation en économie ouverte. La Belgique entre les deux guerres*, Bruxelles, De Boeck, 1989; J. PIRARD, *L'extension du rôle de l'Etat en Belgique aux XIXe et XXe siècles*, Bruxelles, Palais des Académies, 1999 (Histoire quantitative et développement de la Belgique, t. VII, vol. 2); J. PIRARD, *Le pouvoir central belge et ses comptes économiques 1830- 1913*, Bruxelles, Palais des Académies, 1980-1985, 3 vol. (Histoire quantitative et développement de la Belgique, t. VI).

⁵ Notamment les travaux réunis par D. HEIRBAUT, X. ROUSSEAU, A. WIJFFELS, *Histoire du droit et de la justice. Une nouvelle génération de*

de la justice⁶. L'histoire du droit public réapparaît également⁷, comme en atteste un article récent de Jean-Michel Favresse⁸. Mais, l'analyse pénétrante du (futur) procureur général Ganshof van der Meersch, « De l'influence de la Constitution dans la vie politique et sociale en Belgique », demeure bien seule à effectuer l'exercice de la mise en perspective de longue durée de la Constitution, y compris dans ses aspects économiques et sociaux⁹. Au demeurant, l'éminent publiciste y appelait déjà de ses vœux un autre dialogue transdisciplinaire, celui entre droit constitutionnel et science politique.

Les domaines du droit public économique et des services publics font donc figure de parent bien délaissé par ce renouveau¹⁰. On peut certes mentionner, par exemple, dans la littérature récente, les lignes dédiées par le cours de Régine Beauthier « Droit et genèse de l'Etat » au mouvement communal¹¹. Le petit support de cours de Dirk Heirbaut est aussi un guide précieux pour tracer des grandes lignes mais il ne rentre pas dans le détail et omet des pans entiers de la législation économique¹². Viennent toutefois de paraître en 2011 les études les plus proches de la manière dont nous avons traité nos sujets,

lesquelles sont dues à des politologues et viennent de manière fort heureuse alimenter la recherche pluridisciplinaire alors que nous n'en primes connaissance qu'après nos travaux de doctorat¹³.

La doctrine juridique se penche également très peu sur des épisodes pourtant déterminants pour l'histoire de la constitution du système juridique belge. Olivier Corten et Annemie Schaus sont l'exception qui confirment la règle quand ils envisagent les arguments jusnaturalistes et positivistes déployés en leur temps pour justifier l'indépendance de la Belgique lors de la séparation avec la Hollande puis la création et l'indépendance du Congo belge¹⁴. La même exception caractérise la thèse de Hugues Dumont relative au pluralisme idéologique et à l'autonomie culturelle, dont la majeure partie est consacrée à l'histoire politique et culturelle de la Belgique contemporaine¹⁵.

L'histoire du droit public économique est, à notre estime, tout aussi éclairante pour comprendre l'évolution juridique de notre Etat. Ainsi, la décision de lancer en 1834, avec premier effet en 1835, le premier chemin de fer

recherches, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2009 ; ainsi que X. ROUSSEAU, « Crime, justice et droit : quelques réflexions sur l'historiographie récente en Belgique », *Cahiers du CRHIDI*, n° 23-24, Bruxelles, Publications des FUSL, 2005, p. 47-154; D. HEIRBAUT, X. ROUSSEAU, K. VELLE, *Histoire politique et sociale de la justice en Belgique de 1830 à nos jours*, Bruxelles, La Charte, 2004 ; et surtout les travaux, thèses et mémoires produits au sein du Centre de recherche en histoire du droit et de la justice des Facultés universitaires Saint-Louis, du Centre d'histoire du droit et de la justice de l'Université catholique de Louvain, du Centre de droit comparé, d'histoire du droit et d'anthropologie juridique de l'Université libre de Bruxelles ou de l'Institut voor rechtsgeschiedenis de la Rijksuniversiteit Gent; sans oublier les départements d'histoire du droit des autres universités.

⁶ Notons aussi le très beau livre de Françoise MULLER, *La Cour de cassation belge à l'aube des rapports entre pouvoirs. De sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle. 1832-1914/1936*, Bruxelles, La Charte, 2011.

⁷ Faut-il souligner qu'il n'existe pas non plus en Belgique, au contraire de la France, d'histoire générale récente du droit administratif ou du droit constitutionnel, à l'exception de G. MARTYN, *Geschiedenis van de politiek en het publiekrecht*, Bruges, die Keure, 2008 (dont une nouvelle édition vient de paraître). Concernant la réforme de l'Etat, nous ne connaissons que l'ouvrage d'un politologue spécialisé dans les sciences administratives et déjà vieux de deux décennies: P. BERCKX, *150 jaar institutionele hervormingen in België*, Anvers, Kluwer, 1990.

⁸ J.M. FAVRESSE, « Le pouvoir général de police du Roi », *A.P.T.*, 2011, p. 1-48, lequel s'était déjà livré, vingt ans auparavant à un tel exercice sur la tutelle administrative à l'égard des communes. Nous pouvons y rajouter la contribution de V. DUJARDIN, « Les droits constitutionnels originaires », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED dir., *Les droits constitutionnels en Belgique*, t.1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 37-75, mais l'intéressé est historien et se base surtout sur les travaux antérieurs de John GILISSEN et Jacques VANDERLINDEN. Signalons toutefois que Patrick GOFFAUX, professeur de droit administratif à l'ULB, travaille pour le moment à un historique de la matière.

⁹ *Revue de l'Université de Bruxelles* 1953-1954, p. 175.

¹⁰ Chez les juristes, il n'y a guère que l'évolution de la législation des télécommunications qui a retenu l'attention: DE CROMBRUGGHE B., POULLET Y., « La réglementation des télécommunications en Belgique », *A.P.T.*, 1986/3, pp. 187-215; F. DEHOUSSE et D. GILLEROT, « La réglementation belge des télécommunications de 1876 à 1996 », *C.H. CRISP* 1997, n° 1552-1553. Sinon, l'on doit surtout se rabattre sur D. NUCHELMANS, « Grandes tendances de l'histoire des entreprises publiques (1980-1990) », in *Histoire des finances publiques en Belgique. La période 1980-1990*, Gand, Academia Press, 1992, pp.443-472; L.-P. SUETENS et S. SWARTENBROUX, « Evolutie van het begrip 'Openbare Dienst' », dans *De nieuwe vormen van overheidsinstellingen in de onderneming*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 277-302. Et évidemment les pages consacrées à l'histoire de la domanialité publique et des concessions de service public dans S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2007.

¹¹ R. BEAUTHIER, *Droit et genèse de l'Etat*, quatre éditions, Bruxelles, Editions de l'Université.

¹² D. HEIRBAUT, *Een beknopte geschiedenis van het sociaal, het economisch en het fiscaal recht in België*, Gand, Academia Press, 2009.

¹³ D. AUBIN et S. MOYSON, « La régulation du rail en Belgique. Analyse des régimes institutionnels depuis 1832 », *CH. CRISP* 2011, n°2114-2115; F. LOHEST et D. AUBIN, « La régulation de l'aviation civile en Belgique. Analyse des régimes institutionnels depuis 1899 », *CH. CRISP* 2011, n°2120-2121. Le même David AUBIN, professeur à l'Institut de sciences politiques de l'UCL avait déjà rédigé avec F. VARONE un autre *Courrier Hebdomadaire du CRISP* en 2001, n°1731-1732, sur « La gestion de l'eau en Belgique. Analyse historique des régimes institutionnels (1804-2001) », auquel nous avons eu tous deux recours.

¹⁴ O. CORTEN et A. SCHAUS, *Le droit comme idéologie. Une introduction critique au droit*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Editions de l'Université, 2009.

¹⁵ H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, 2 vol.

sous forme de réseau public a été aussi déterminante pour la construction de la société belge et de l'espace géographique de son marché que le choix pleinement conscient posé par le Gouvernement provisoire, puis par le Congrès national, de maintenir les principes fondamentaux de l'organisation juridique de l'économie hérités de l'occupation française (une propriété essentiellement privée des facteurs de production et la liberté du commerce et de l'industrie). L'analyse du droit colonial, effectuée par Dimitri Yernault, montre également fort bien la place éminente du pouvoir politique dans la construction du droit économique, quitte à abandonner au fil du temps la plupart de l'exploitation de vastes propriétés publiques, en ce comprise l'intégralité du sous-sol du Congo, au secteur privé. Ainsi, la souveraineté belge a fait prospérer jusque 1960 un modèle d'organisation juridique de l'économie coloniale digne de celui des compagnies à charte de l'Ancien régime.

De même, le droit économique de guerre, dont l'étude a été abandonnée depuis belle lurette par les juristes (comme elle a d'ailleurs été peu conduite en son temps), permet d'expliquer bien des évolutions ultérieures du droit économique de paix que ce soit comme source voilée d'inspiration (les pouvoirs spéciaux de 1926 auraient plus difficilement vu le jour sans le « précédent » des arrêts-lois du Havre) ou comme contre-modèle à repousser (le gouvernement en exil à Londres s'empessa de balayer l'organisation corporatiste de l'économie mise en place par les Secrétaires généraux restés au pays). Une institution comme l'amende administrative, instrument essentiel des régulations contemporaines, a été validée en 1942 par la Cour de cassation selon un

raisonnement qui les rendait acceptables moyennant contrôle juridictionnel et ce, au plus fort de la résistance juridique contre l'occupant allemand. Ce sera plus tard celui de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les catalogues des cours des facultés de droit du Royaume reflètent également les évolutions du droit. Pendant plus d'un siècle, c'est la « Législation industrielle » qui figurait au programme. N'ayant pas été définie par le législateur, les enseignants lui donnèrent certes un noyau dur (les mines et les établissements insalubres, sujets de préoccupation aussi pour les premiers administrativistes) mais chacun y alla de son ajout, de la propriété intellectuelle aux contrats ouvriers en passant par les transports. La législation industrielle a eu une descendance féconde qui compte le droit du travail et le droit de l'environnement mais aussi le droit public économique et l'une de ses branches essentielles, le service public. Maurice-André Flamme fut le principal artisan de la transition en dénommant son cours de l'ULB « Législation industrielle ou droit administratif de l'économie » dès la fin des années 1960.

La littérature historique est bien plus abondante, mais demeure principalement thématique¹⁶. Outre l'apport de Ginette Kurgan – van Hentenryk sur les liaisons dangereuses nouées entre politique et finance dans le dossier ferroviaire¹⁷, il faut mentionner les travaux exceptionnels de Guy Vanthemsche¹⁸ qui ont touché à bien des domaines de l'action économique publique et à la confection de son droit. De manière générale, les activités de communications et de réseaux¹⁹, tout spécialement le premier siècle du chemin de fer, ont été couvertes par des

¹⁶ Notons d'ailleurs que les travaux collectifs d'historiens présentant un intérêt pour nos sujets se sont largement développés à partir de 1980 dans la foulée des 150 ans de l'indépendance nationale et à l'aube de l'entrée dans le fédéralisme. Sans aucunement déboucher sur une histoire purement commémorative, les jubilé et autres centennaires ont en effet fourni bien des occasions de tracer des évolutions parfois fort détaillées. Sans que cela ne soit non plus exclusif d'autres initiatives, il est à relever aussi que les anciennes institutions publiques de crédit (le Crédit Communal, la CGER, la SNCI,...) en ont patronné de nombreux.

¹⁷ KURGAN – VAN HENTENRYK G., *Rail, finance et politique: les entreprises Philippart (1865-1890)*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles de l'ULB, 1982. La professeure à l'ULB est également renommée pour avoir initié la recherche sur le patronat.

¹⁸ G. VANTHEMSCHE, *Les paradoxes de l'Etat. L'Etat face à l'économie de marché XIXe et XXe siècles*, Bruxelles, Labor, 1997, constitue une autre source majeure et commune d'inspiration. Parmi ses autres monographies: *La sécurité sociale. Les origines du système belge. Le présent face à son passé*, Bruxelles, Pol-His, 1994 ; *La Sabena 1923-2001. Des origines au crash*, Bruxelles, De Boeck – Pol His, 2002. Et voici une brève sélection de ses articles: « L'élaboration de l'arrêté royal sur le contrôle bancaire (1935) », *R.B.H.C.* 1980, p. 410; « De Belgische overheid en de kartels tijdens het interbellum. Situeren en analyse van de wetgeving op de verplichte kartelvorming », *R.B.P.H.* 1981, pp. 851-894; « De mislukking van een vernieuwde economische politiek in België voor de Tweede Wereldoorlog: de OREC (Office de redressement économique) van 1935 tot 1938 », *R.B.H.C.* 1982, pp. 339-389; « Preciseren omtrent het verloop van de politiek-financiële crisis van 1926 », *R.B.H.C.* 1985, pp. 107-128; « De economische actie van de Belgische Staat tijdens de crisis van de jaren 1930 », *Res Publica* 1987, pp. 127-152; « Du carcan à la débauche. L'évolution de la réglementation au XIXe siècle », in G. DE CLERCQ dir., *A la bourse. Histoire du marché des valeurs en Belgique de 1300 à 1990*, Paris et Louvain-la-Neuve, Duculot, 1990, pp. 215-233; « Intérêts patronaux entre sphère publique et sphère privée: la suppression des Chambres de Commerce officielles en Belgique (1875) », *R.B.H.C.* 2004, pp. 5-47; « Comment la Société Générale gérait-elle son 'empire économique' au Congo belge ? L'action du Comité Intérieur Colonial pendant les années 1930 », in S. JAUMAIN et K. BERTRAMS dir., *Patrons, gens d'affaires et banquiers. Hommages à Ginette Kurgan – van Hentenryk*, Bruxelles, Timperman, 2004, pp. 251-268...

¹⁹ Nous ne mentionnons ici qu'un autre dossier qui a donné lieu à une historiographie abondante, celui de l'histoire de la Société générale de Belgique. Fondée en 1822 par le Roi Guillaume d'Orange à la fois comme l'un des premiers organismes de la décentralisation par services et banque d'affaires sur laquelle il souhaitait préserver son contrôle personnel, elle survécut à l'Indépendance en connaissant déjà une

ouvrages et articles de qualité de Bart Vanderherten²⁰ ou de Pascal Verhoest²¹ auxquels nous avons tous deux eu recours, sans oublier le livre de Michel Laffut, *Les chemins de fer belges (1830-1913). Genèse du réseau et présentation critique des données statistiques*. Celui-ci parut en 2 volumes en 1985 et 1998 à Bruxelles sous les auspices de l'Académie royale de Belgique dans la série « Histoire quantitative et développement de la Belgique au XIXe et XXe siècles » (la plupart de ces volumes sont désormais disponibles sur le site de l'Académie). Cette collection à la diffusion quasiment confidentielle en dehors du cercle restreint des historiens de l'économie belge apporte beaucoup, c'est le moins que l'on puisse dire, mais a bien plus analysé l'économie de l'avant Première guerre mondiale que ses évolutions d'après 1980. Que ceci ne nous empêche pas de nous rappeler que c'est grâce à cette collection qu'ont été disséqués l'état général de l'économie lors de la création de la Belgique indépendante en 1830 et la formation de ses classes dirigeantes qui exerceront une emprise déterminante sur le droit de la politique économique jusqu'à l'avènement du suffrage universel²².

Les Archives générales du Royaume publient également des recueils méconnus des juristes qui constituent des ressources précieuses pour la recherche comme le *Guide des organismes d'intérêt public en Belgique*, publié en 2008, un ensemble notices détaillées sur l'histori-

que de pas moins 457 d'entre eux²³. Des études thématiques se rencontrent régulièrement dans les colonnes de la *Revue belge d'histoire contemporaine* ou la *Revue belge de philologie et d'histoire* ainsi que, de temps à autre, dans *Res Publica*. Relevons également la très grande utilité du *Courrier hebdomadaire du CRISP*²⁴ qui, depuis 1959, traite régulièrement (voire parfois en temps presque réel) de l'actualité socio-économique²⁵.

Ceci étant, au-delà de ces quelques pistes historiographiques, nos deux thèses permettent le traitement intégré du droit public économique et du droit des services publics de réseaux sur de longues périodes, un exercice qui n'avait jamais été effectué jusqu'à présent.

L'apport juridique

L'utilité de nos démarches respectives n'est cependant, à nos yeux, pas simplement de contribuer à l'étude d'un passé plus ou moins révolu. Comme l'écrivait le grand commercialiste Jean Van Ryn, « pour interpréter les règles de nature institutionnelle, pour en déterminer la portée et les effets, il faut recourir, non pas à la recherche d'une intention subjective comme dans les contrats, mais à l'analyse du 'donné' social, économique ou historique, de l'origine et du but de l'institution »²⁶. Rendre compte de ce donné, telle était auparavant l'ambition du Code

discrète et juteuse privatisation. Sans doute la première banque mixte du Monde, elle a influencé bien des évolutions du droit public économique en Belgique et au Congo belge. Cible d'une OPA qui marqua à tous points de vue l'histoire de la Belgique contemporaine en 1988, la célébration de ses 175 ans en 1997 donna lieu à une ouverture de ses archives qui explique le nombre important des monographies publiées pour l'occasion, ce qui coïncide avec son absorption définitive dans le groupe français Suez.

²⁰ B. VAN DER HERTEN, *België onder stoom. Transport en communicatie tijdens de 19^{de} eeuw*, Leuven, Universitaire pers, 2004; B. VAN DER HERTEN, M. VAN MEERTEN, G. VERBURGT (dir.), *Le temps du train: 175 ans de chemins de fer en Belgique, 75^e anniversaire de la SNCB*, Louvain, Universitaire Pers, 2001. Parmi ses articles: « Nieuwe interpretaties over de besluitvorming rond de eerste spoorlijn in België, 1830-1834 », *R.B.P.H.* 1995, pp. 379-400; « De verre voorlopers van Belgacom. Van optische naar elektrische telegrafie in België, 1803-1850 », *R.B.H.C.* 1996 n°3-4, p. 16; « De ontwikkeling van de Belgische Post (1830-1913) », *R.B.P.H.* 1996, pp. 805-837... Et avec M. VAN MEERTEN, « De spoorlijn Antwerpen – Gent, 1848-1897. De wisselwerking tussen privé-initiatief en overheidsinterventie in de Belgische spoorwegen », *R.B.P.H.* 1994, pp. 861-912.

²¹ P. VERHOEST, *Openbare telecommunicatie (1798-1998): twee eeuwen politieke economie van het netwerkbeheer in België*, Bruxelles, VUB Press, 2000.

²² P. LEBRUN, M. BRUWIER, J. DHONDT et G. HANSOTTE, *Essai sur la révolution industrielle en Belgique 1770- 1847*, Bruxelles, Palais des Académies, 1981 (Histoire quantitative et développement de la Belgique, t. 2, vol. 1).

²³ J.M. YANTE, P.A. TALLIER (dir.), *Guide des organismes d'intérêt public en Belgique*, Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2008, 3 tomes, 5 vol. (Guides 70); ainsi que la remarquable « introduction » qu'il contient, dans le premier volume: V. PIRLOT, « Décentralisation administrative et gestion des services publics en Belgique de l'indépendance à nos jours (1830-2006) ». Ce travail avait été précédé par J.M. YANTE et P.A. TALLIER (dir.), *Les parastataux en Belgique au 20^e siècle. Législations. Evolutions récentes - De parastatalen in België tijdens de 20ste eeuw. Wetgeving. Recente evoluties*, Bruxelles, A.G.R., 2003 (Miscellanea Archivistica. Studia 153). Voy. également I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *Les juridictions administratives en Belgique depuis 1795*, 2 vol., Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2006 (Studia 114). Une recherche est également en cours, sur le même modèle que les deux précitées, relativement aux intercommunales.

²⁴ Relevons aussi, entre autres, parmi les études historiques, J. NEUVILLE, « 18 mai 1973: un centenaire, celui de la 'libération' des sociétés anonymes », *C.H. CRISP* 1973, n° 594

²⁵ L'on doit évidemment aussi à Xavier MABILLE, qui en fut longtemps la cheville ouvrière, en son dernier état publié en 2010 par le CRISP, la Nouvelle histoire politique de la Belgique. Egalement, sous la plume de son directeur actuel, V. DE COOREBYTER, « Clivages et partis en Belgique », *C.H. CRISP* 2008, n°2000. Un autre hasard de la vie a permis par ailleurs à Dimitri Yernault de disposer d'un exemplaire du cours d'*Histoire parlementaire de la Belgique* professé en 1979 par Charles GOOSSENS à l'Université de Liège et qui mériterait de sortir de l'oubli.

²⁶ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 28. Celui-ci définissait l'institution comme « un composé de règles de droit constituant un tout organique, embrassant une série indéfinie de relations qui dérivent toutes d'un fait unique fondamental ».

de droit économique et financier de Fernand Baudhuin paru en 1942²⁷.

Telle est surtout la démarche comparable et fort inspirante des juristes français Gilles Guglielmi et Geneviève Koubi: « *désigner les invariants juridiques et (...) les expliquer, autant que faire se peut, par les circonstances et la logique de leur apparition* », car « *le service public est une idée élaborée dès l'origine dans le but de résoudre des questions neuves, de promouvoir des projets de grande ampleur qui nécessitent une implication citoyenne – dans le sens où elle traduit une conception que chacun se fait de la Cité* »²⁸. Comme l'on ne peut nier non plus, particulièrement au cours des premières décennies de la Belgique indépendante, que lesdits services publics avaient une fonction légitimante, quand ils ne servaient pas avant toute chose à la satisfaction des besoins des classes dirigeantes aux temps du suffrage censitaire²⁹, on s'aperçoit bien rapidement de ce qu'il convient de traiter de plusieurs problèmes à la fois pour bien appréhender ce qu'est le service public aujourd'hui devenu.

En outre, l'interprète du droit change aussi, il gagne graduellement de nouveaux confrères (comme le Conseil d'Etat ou la Cour constitutionnelle, les autorités de régulation,...). Les méthodes de contrôle changent tout autant puisqu'il a fallu bien des décennies pour passer de l'immunité absolue de l'administration agissant *jure imperii* à la généralisation des contrôles de proportionnalité jusqu'à l'égard des normes législatives.

L'utilité de l'histoire du droit n'est toutefois pas limitée à l'interprétation des normes juridiques. Pierre- Olivier de

Broux plaide en effet vigoureusement en faveur de l'histoire comme une science auxiliaire du droit³⁰, susceptible de contribuer à la construction des concepts juridiques. Cette utilité semble d'ailleurs d'autant plus grande dans le domaine du droit public et du droit international, dont les applications pratiques sont parfois moins nombreuses, et les occurrences jurisprudentielles plus rares qu'en droit privé.

L'exposé juridique d'une histoire de longue haleine demeurerait donc, jusqu'à l'aboutissement de nos deux thèses, un phénomène plutôt rare, bien que parfois développé en France notamment, grâce d'ailleurs au travail commun de juristes et d'historiens³¹. Nos travaux aboutissent à des conclusions, si pas innovantes, à tout le moins très peu connues, et pourtant communes.

Ainsi, la construction des réseaux au 19^e siècle est, selon les mots de l'un, l'instrument d'un Etat libéral interventionniste. Selon l'autre, le droit public économique au cours de la période 1830-1919 est celui de l'interventionnisme libéral au temps du suffrage restreint³². C'est à ce propos que la saillie célèbre de Charles Rogier sur le chemin de fer, constitution matérielle (entendez « économique ») du tout jeune Royaume³³, prend toute sa prémonitoire signification. A l'heure de la remise en cause actuelle des capacités décisionnelles des Etats, qui succèdent au premier âge des libéralisations (essentiellement des industries de réseaux et des mouvements de capitaux), il n'en est que plus interpellant de devoir rappeler combien l'Etat minimal sur le plan économique relève du mythe, quelle que soit la vivacité de celui-ci.

²⁷ F. BAUDHUIN, Code économique et financier, Bruxelles, Bruylant, 1942 (hormis les éditions ultérieures). Celui-ci a également rédigé une monumentale « Histoire économique de la Belgique » qui, en 5 volumes publiés par Bruylant de 1945 à 1970, retrace avec force détails des épisodes déterminants de l'action économique publique de 1914 à 1968. Cette œuvre incontournable manque toutefois d'un appareil référentiel et, son auteur ayant été impliqué dans bien des caucus relatés, vire parfois au plaidoyer *pro domo*.

²⁸ G.J. GUGLIELMI, G. Koubi et G. DUMONT, Droit du service public, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2007, préface reprenant l'avertissement de la première édition. Soulignons que la nouvelle édition de 2011 est exemplaire quant à la déconstruction dans le temps et à la critique de l'« œuvre » de longue haleine de la Commission européenne à l'égard du « service d'intérêt général ».

²⁹ P.O. DE BROUX, « Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen », dans H. DUMONT e.a., *Le service public*, loc.cit., vol. 1, pp. 1-56.

³⁰ Au sens donné par H. DUMONT ET A. BAILLEUX, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, n° 75, 2010, p. 275-293.

³¹ M. MARGAIRAZ, O. DARD (dir.), *Le service public, l'économie, la République (1780-1960)*, Dossier de la *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, n° 52-3, juillet-septembre 2005; G.J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, Paris, PUF, 2004.

³² Là aussi, les historiens ont beaucoup à apprendre aux juristes contemporains pétris de certitudes ressassées par la doxa des politiques européennes. De très nombreux auteurs exploités dans nos thèses pourraient être cités, ne retenons ici que l'article parlant de S. PARMENTIER, « Het liberaal Staatsinterventionnisme in de 19de eeuw. Een concreet geval: de oprichting van de A.L.S.K. », R.B.H.C. 1986, pp. 379-419.

³³ Susceptible de garantir « une véritable égalité matérielle plus profitable et plus réelle que l'égalité politique garantie par la Constitution » (Intervention à la Chambre, sess. 1836-1837, 19 ou 20 mai 1837, M.B., 20 ou 21 mai 1837). Henri PIRENNE, *Histoire de Belgique*, VII, Bruxelles, Maurice Lamertin, 1932, p. 78, reprinted à son compte le propos prêté par un autre historien, Louis Hymans, à Charles Rogier qui eut le maroquin de l'Intérieur et des Travaux publics: « (le chemin de fer) qui a donné des ailes à la Belgique, la dotera aussi d'une constitution matérielle comme le Congrès l'a dotée d'une constitution politique ». Il y ajoute le propos tenu à l'époque par le père de la notion de « révolution industrielle » (Natalis BRIAUVONNE, *De l'industrie en Belgique. Causes de décadence et de prospérité. Sa situation actuelle*, 2 tomes, Bruxelles, Eugène Dubois, 1839): « sans la Révolution le chemin de fer ne pouvait exister, et sans le chemin de fer la Révolution pouvait être compromise ».

En réalité, le radicalement neuf est rare dans un droit public économique³⁴ nourri de crises et d'adaptations permanentes aux nouvelles conditions technologiques, économiques, politiques et sociales. Le neuf n'en émerge pas moins au gré des premières juridiques et institutionnelles que nous avons tenté de mettre à jour ou à l'occasion des recyclages d'anciennes formules qui peuvent représenter des sauts qualitatifs importants. L'empirisme est, pour le surplus, une marque incontestable des droits public économique et du service public en Belgique pendant un siècle et demi jusqu'au tournant de 1980-1990. Et il est loin d'avoir perdu ses vertus pragmatiques lorsqu'il s'agit d'appliquer et transposer le droit européen ou, pour les entités fédérées, d'apporter la touche de leur autonomie dans les politiques dont elles ont hérité d'un Etat fédéral qui n'est pas en reste d'innovations non plus. Nous n'ouvrons pas ici le débat relatif à l'omniprésent droit européen des finances publiques tel qu'il découle du SEC95 lorsqu'il s'agit de délimiter le périmètre de la dette du secteur des administrations publiques³⁵. Mais force est de constater que bien des créations récentes d'organismes publics par les entités fédérées belges ont également partie étroitement liée avec le souci d'en rencontrer les exigences tout en maintenant un minimum de contrôle public sur ces entités qui doivent être suffisamment autonomes³⁶.

Pour Pierre-Olivier de Broux, l'hypothèse de départ était que l'étude des industries de réseaux, en tant qu'activité de nature économique dont le déploiement physique laissait supposer qu'elles étaient utiles à la collectivité, devait permettre d'aborder sans préjugés l'intervention publique dans l'économie. L'objectif principal était donc de réinterroger, par ce moyen, la théorie générale du service public introduite par André Buttgenbach³⁷, et patiemment répétée depuis par la majorité de la doctrine administrative. L'analyse historique a alors permis de conforter l'idée, déjà émise, d'abandonner la distinction classique entre service public organique et fonctionnel. Elle encourage aussi l'auteur à distinguer l'érection d'une activité économique en service d'intérêt économique général, d'une part, et le choix du mode de gestion le plus approprié pour garantir la bonne exécution de ce service, d'autre part.

Pour Dimitri Yernault, la remontée dans le temps avait pour but de vérifier la validité d'une hypothèse de base. Celle-ci postulait que le droit public économique ayant cours à un moment donné sur un territoire donné est descriptible par l'ensemble des rapports juridiques que nouent les institutions de l'Etat et de la propriété dans le champ économique. Le droit public économique doit être défini moins comme le droit de l'interventionnisme économique public ou un droit public des affaires que comme le droit de la politique économique, celui qui, à la fois, résulte de celle-ci et l'encadre. Dans cette optique, le droit public économique peut effectivement être décrypté par l'analyse de 5 grands types de relations entre l'Etat (au sens large de pouvoir politique) et la propriété (au sens courant qui est celui de l'article 544 du Code civil) ainsi que par leurs interactions.

Les deux thèses permettent aussi de mesurer l'évolution de la doctrine juridique sur deux questions essentielles, qui recoupent en partie la dichotomie traditionnelle « interventionnisme direct – interventionnisme indirect », à savoir l'existence supposée d'un principe juridique voulant que l'Etat ne se livre à l'action économique qu'en cas de carence de l'initiative privée, d'une part, et les usages de la police administrative de l'économie, d'autre part. En langage dominant contemporain, l'on parle en effet trop aisément de « subsidiarité fonctionnelle de l'Etat » et de « régulation ». Or, ledit langage est trompeur. Dans le premier cas, la recherche a indubitablement mis en avant le contraire, soit l'inexistence de tout principe juridique valable en droit public belge selon lequel l'Etat (en ce comprises les communes) ne devrait cantonner son action économique qu'aux carences privées. Il est certes un fait que celles-ci ont offert des motifs puissants d'intervention mais il en fut bien d'autres, en tout temps et au gré des circonstances. De même, sous l'impulsion des droits européen du marché et des droits de l'homme ainsi que de la constitutionnalisation du droit interne, la marge d'appréciation des gouvernants est certainement moins illimitée qu'auparavant. Mais les tentatives doctrinales d'importation d'interprétations tirées de la jurisprudence française n'ont pas percolé. Même rognée, la marge d'appréciation des gouvernants pour se doter des législations socio-économiques

³⁴ Voyez ce qu'en disait déjà J. LE BRUN, « Les formes juridiques de l'initiative économique publique en Belgique aux XIXe et XXe siècles », in *Le rôle des capitaux publics dans le financement de l'industrie en Europe occidentale aux XIXe et XXe siècles*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 26.

³⁵ Notamment B. LOMBAERT et P.-O. DE BROUX, « Le droit des finances publiques à l'épreuve des partenariats public – privé », in *Les partenariats public – privé (PPP): un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 318-383.

³⁶ Voyez les exemples concrets déclinés par D. YERNAULT et B. CADRANEL, « La décentralisation par services en Région bruxelloise: entre héritage historique et pragmatisme de l'autonomie », in P. JADOUL, B. LOMBAERT et F. TULKENS coord. *Le paraétatisme aujourd'hui ou quelle décentralisation fonctionnelle au XXIe siècle ?*, Bruxelles, La Charte, 2010, pp. 469-559.

³⁷ A. BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1952.

qu'ils jugent utiles demeure un principe puissant dans leurs mains³⁸. Sur ce point, nos conclusions sont largement convergentes.

Un autre constat commun, inquiétant à plus d'un titre, est le degré de dépossession de ses propres prérogatives qu'a atteint l'Etat. Le service public a, temporellement, une rationalité première légitimante du pouvoir en place. Il a donné aussi son ossature de base au marché géographique belge. Son accessibilité tarifaire puis l'expansion de ses champs d'application ne sont venues qu'ultérieurement. Si l'Etat reste incontestablement au cœur de sa création, il est de moins en moins garant de son exécution, voire il s'est retrouvé privé d'agir par les initiatives législatives européennes (qu'il soutient aussi au sein du Conseil européen). La Cour de justice de l'Union européenne s'est érigée en gardienne ultime du choix raisonnable et proportionné d'ériger une activité en service d'intérêt économique général, une tâche que la Commission accomplit avec zèle en première ligne. Les vertus prêtées au protocole sur les services d'intérêt général, annexé depuis le traité de Lisbonne aux TUE et TFUE, risquent bien de demeurer de vaines chimères³⁹.

Dans le même ordre d'idées, l'architecture institutionnelle de la « régulation » des services de réseaux libéralisés tend à toujours plus éloigner l'autorité politique tant de la confection que de l'application ou de la correction de réglementations devenus très techniques. Ce n'est là qu'une des multiples questions que pose ce nouveau paradigme de l'action publique qui pourtant, à y regarder de plus près, garde des liens évidents avec la police administrative et le service public ainsi qu'avec la fonction de stabilisation de l'Etat à l'égard de l'organisation et du fonctionnement des circuits économiques.

Des travaux antérieurs auxquels chacun a participé de

son côté ont insisté sur la liaison fondamentale du droit public économique et des services publics aux politiques budgétaires et donc au droit des finances publiques. A maintes reprises, nos thèses ne purent aussi qu'y revenir. Tout ceci ne se révèle qu'en prenant en compte les « fluctuations des interventions publiques et mouvements longs du législatif »⁴⁰.

Un exemple parmi d'autres: l'interventionnisme économique local

Un exemple (il en est bien d'autres) commun abordé de près ou de loin par les deux thèses permet d'illustrer ces convictions. L'évolution des structures juridiques de l'action économique locale se comprend d'autant mieux si l'on a justement égard à l'évolution du mouvement communal sur les longues durées. Deux colloques aussi denses que remarquables patronnés par le Crédit Communal au temps de sa splendeur (entendez avant le déclin du groupe Dexia) ont largement contribué à cette redécouverte au début des années 1980, loin des excès laudatifs ou au contraire caricaturaux qui caractérisaient la littérature du 19^e siècle à ce propos⁴¹.

Le mouvement communal a une importance considérable en Belgique. Plusieurs ordres juridiques pouvaient influencer la « politique économique » renaissante au Moyen âge. D'abord le droit féodal évidemment tant que l'essentiel de la richesse et du pouvoir reposaient sur la terre (plusieurs juristes français contemporains voient toujours dans le régime des banalités seigneuriales l'ancêtre du service public). Le droit canon imposait la dîme, avait parfois son propre droit foncier ou contournait avec lenteur la prohibition de l'usure. Mais c'est bien dans le renouveau des villes que puisa l'histoire juridique de l'é-

³⁸ Il convient cependant de ne pas négliger le poids crucial des évolutions que nous avons immédiatement sous les yeux en matière de droit des finances publiques. Les recommandations émises le 30 mai 2012 par la Commission européenne à destination des gouvernements des Etats membres tendent à confirmer l'émergence d'un « interventionnisme » important dans la confection même des politiques nationales à l'égard desquelles l'Union européenne n'a que peu ou pas de compétences (ce qui est flagrant en ce qui concerne la sécurité sociale).

³⁹ Il n'est d'ailleurs qu'à voir comment la Commission européenne, agissant seule sur base de l'article 106, § 3, TFUE, a encore un peu plus étendu le champ d'application du droit de la concurrence en qualifiant de nouveaux services sociaux comme « services d'intérêt économique général », donc comme des activités économiques même si, malgré tout, elles peuvent éventuellement bénéficier d'un statut dérogatoire (voyez l'ensemble de textes adoptés le 20 décembre 2011 formant le paquet « Almunia »).

⁴⁰ A. JACQUEMIN et B. REMICHE, « Le pouvoir judiciaire entre l'opportunité et la légalité économique », in *Les magistratures économiques et la crise*, Bruxelles, CRISP, 1984, p. 12,

⁴¹ *L'initiative publique des communes en Belgique. Fondements historiques (Ancien Régime)*, 11^{ème} colloque international de Spa des 1-4 septembre 1982, Bruxelles, Crédit Communal, coll. Histoire, 1984 ; *L'initiative publique des communes en Belgique 1795-1940*, 2 tomes, 12^{ème} colloque international de Spa des 4-7 septembre 1984, Bruxelles, Crédit Communal, 1986. La cessation de la parution de l'ancien *Bulletin trimestriel du Crédit Communal* constitue une grande perte scientifique pour les juristes et les historiens. C'est aussi sous les auspices de l'ancienne banque des communes, enchâssée depuis 1995 dans la désastreuse aventure du groupe Dexia, que furent édités les volumes du grand œuvre de son directeur général Marcel VAN AUDENHOVE, *Histoire des finances communales depuis l'Indépendance nationale jusqu'à la fin de la Première guerre mondiale 1830-1918*, Bruxelles, Crédit Communal, 1992, et *Histoire des finances communales dans l'évolution économique, financière et sociale de la Belgique. 1918-1985*, 2 tomes, Bruxelles, Crédit Communal, 1990.

conomie de marché (celui-ci a graduellement gagné en échelle géographique pour devenir le « marché » actuel mais subsiste aussi à l'échelon local de nos jours) comme celle de la gestion publique.

Le mouvement communal, bien que placé sous l'éteignoir par la principauté épiscopale de Liège au 18^e siècle, eut en partie raison des vellétés centralisatrices de l'administration des Pays-Bas autrichiens (un certain mouvement « provincial » serait plus exact). Si le droit révolutionnaire français unifia l'organisation locale et les contrôles y afférents, les communes belges s'inscrivirent sans trop de difficultés dans le nouveau cadre de leur autonomie, résistant d'autant mieux au centralisme napoléonien que les gouverneurs alliés puis le droit hollandais rétablirent leur propriété sur leurs biens transférés de force en 1813 en vue d'amortir la colossale dette générée par les guerres.

L'affirmation d'une autonomie forte dans la Constitution belge de 1831, avait déjà été effectuée par le droit de la Révolution française de 1789-1790 (ce n'est qu'ultérieurement que celle-ci ferait triompher un jacobinisme de longue durée en France). Conjugée à la perpétuation de la propriété pluriséculaire sur les voiries locales et à la confirmation de leurs pouvoirs de police administrative générale, elle a permis la prise en charge précoce de nouveaux services publics à l'échelon communal. Bruxelles montra la voie dès 1819 en se dotant de l'éclairage au gaz par voie concessive puis en 1852 en créant la première régie de distribution d'eau⁴². A partir de cette date, le mouvement n'irait que s'accroissant.

Nous avons tous deux eu l'attention attirée par les mots remarquables d'Alfred Macar qui analysa au début des années 1930 le phénomène de l'émergence des activités à caractère économique prestées par les communes. A cette époque, les grandes querelles entre les communes, souvent très entreprenantes à l'instar de la Ville de Bruxelles, et le Ministère de l'Intérieur, qui exerça la tutelle sur elles à l'ère des gouvernements catholiques homogènes (1884-1914), sont définitivement estompées. Le débat, aux proportions épiques, ne tourna guère autour du choix entre gestion en régie ou par voie de concession des activités de distribution d'eau, de gaz ou

d'électricité. Cette faculté de choix découlait tout simplement de l'autonomie communale. La tutelle, aux décisions souvent contradictoires, contesta parfois la prise en charge de besoins nouveaux par des communes. Elle pouvait sans doute le faire au nom du contrôle d'opportunité mais nullement en celui du contrôle de légalité, ce qu'elle essaya pourtant en n'hésitant pas à défendre, à l'encontre même du texte constitutionnel, que les communes n'avaient que des compétences d'attribution.

Néanmoins, la pression venue d'en bas était irrésistible, d'autant plus que les édiles municipaux de tous les bords catholiques et libéraux votaient à tour de bras l'érection de nouvelles activités en ce que l'on appellerait au fil du temps des services publics. L'entrée sur la scène politique communale des premiers représentants socialistes à la fin du 19^e siècle ne fit qu'accélérer et/ou amplifier un mouvement que l'on appelle parfois bien improprement le « socialisme municipal »⁴³.

Le débat se focalisa sur les conditions dans lesquelles une commune pouvait offrir des services sur le territoire d'une autre puis sur la nécessité ou non d'une intervention du législateur pour permettre la constitution d'associations entre communes. Le cas le plus flagrant et le plus célèbre est indubitablement celui offert par la création en 1891 de la Compagnie intercommunale des eaux de l'agglomération bruxelloise (qui opère toujours sous le nom de Vivaqua). Des communes limitrophes de la capitale souhaitaient s'affranchir des conditions quasi léonines de distribution d'eau pratiquées par cette dernière. L'autorisation législative n'advint qu'en 1907 alors que d'autres syndicats intercommunaux s'étaient constitués dans l'intervalle. Sur ce type de réponse tardive se greffa la pratique désordonnée de la tutelle qui laissa notamment se développer les premiers régimes, communaux toujours, d'indemnisation du chômage pour contester d'un autre côté l'indemnisation des ouvriers grévistes par certaines communes, ce qu'elle avait pourtant laissé faire ailleurs. Le débat que la tutelle voulait essentiellement juridique tourna encore plus à ce qu'il était réellement, c'est-à-dire une querelle politique et idéologique, lorsqu'il apparut clairement des discussions parlementaires de 1911 que l'enjeu en toile de fond était le choix ou non du suffrage universel.

⁴² L. VIRÉ, *La distribution publique d'eau à Bruxelles 1830-1870*, Bruxelles, Pro Civitate, 1973; « Innovation technologique et hygiène publique. La distribution d'eau à Bruxelles au XIX^e siècle », in G. KURGAN- van HENTENRYK et J. STENGERS coord., *L'innovation technologique. Facteur de changement (XIX^e – XX^e siècles)*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 101. Bien que dû à un diplômé de sciences politiques, le meilleur témoignage de l'époque sur les mutations juridiques de l'action économique locale est l'ouvrage d'un haut fonctionnaire de la Ville de Bruxelles, Ernest BREES, *Les régies et les concessions communales en Belgique*, Bruxelles et Leipzig, Misch et Thron, 1906.

⁴³ E. WITTE, « Gemeenteregies in België (1850-1914): liberaal interventionisme of socialistisch municipalisme », dans *L'initiative publique des communes en Belgique 1795-1940*, Bruxelles, Crédit communal, 1986, vol. 1, pp. 85-106.

La controverse des intercommunales sera clôturée en 1921 par une révision de la Constitution leur donnant un fondement indubitable (là où une loi simple réglant l'organisation communale aurait sans doute pu suffire), suivie en 1922 par l'adoption de la première législation organique des intercommunales et par l'arrêt de la Cour de cassation du 4 avril 1922 qui, sur base du droit antérieur, validait les intercommunales de ravitaillement constituées au cours de la Première guerre mondiale.

Pour en revenir à Alfred Macar, qui bénéficiait d'un certain recul une dizaine d'années plus tard, il fallait partir du constat par l'autorité d'un besoin collectif: « *Abandonnons ces sphères théoriques où luttent les économistes, et descendons dans le domaine, plus étroit, moins élevé sans doute, mais plus tangible et plus réel, des difficultés que présente la satisfaction des besoins nouveaux, issus de nos grandes agglomérations urbaines* ». Selon lui, « *Il importait d'abord de savoir si les pouvoirs politiques locaux doivent se soucier des besoins nouveaux que crée cette situation. Comme l'affirmative n'est plus contestée aujourd'hui, il faut ensuite décider de quelle manière il y sera pourvu* »⁴⁴.

Exprimant une conception très sociologique, Macar émit ces propos que nous faisons nôtres: « *Cependant on peut faire confiance aux règles qui se dégagent de l'observation des faits pendant un temps suffisant et en des endroits divers, à la condition que les observations soient suffisamment nombreuses et portent sur une période assez longue, pour éliminer les circonstances exceptionnelles. Il convient donc d'étudier la question dans le passé pour se rendre compte de son évolution* »⁴⁵. Il n'est donc pas étonnant que Macar laisse la place au pragmatisme juridique et politique: « *Impossible de clore ce débat par une conclusion d'ordre général applicable à toutes les communes et à tous les services: la meilleure solution ne peut être recherchée que dans chaque cas particulier et en tenant compte des contingences locales. Cependant*

il faut reconnaître que la naissance et le développement des régies n'ont pas uniquement leur cause dans les conceptions à priori des idéologues qui croient pouvoir modifier les lois économiques et réformer les règles sociales découlant d'une longue expérience: les régies sont apparues dans toutes les agglomérations, aussi bien dans les communes administrées par les conservateurs que dans celles dirigées par les socialistes »⁴⁶.

C'est dans le secteur de l'énergie que l'actionnariat communal occupe aujourd'hui une place presque paradoxale⁴⁷.

A la fin du 19^e siècle, les majorités communales les plus diverses oscillent encore entre gestion en régie ou adoption du modèle concessif avant que le premier modèle l'emporte sur la durée. Toutefois, avec les premières concessions se développe l'expertise d'entreprises privées qui veulent s'affranchir si pas des réseaux communaux de distribution du moins de la mise sous tutelle de leur production. De surcroît, des industries aptes à assumer leur propre production énergétique ont également souhaité pouvoir écouler leurs surplus. C'est sous cette nouvelle pression que la loi de 1925 sur les distributions d'énergie électrique a en quelque sorte libéralisé pour la première fois l'activité électrique dans un texte tout en préservant le monopole des communes sur la fourniture des clients en basse tension. Les communes purent explicitement gérer ce monopole resserré en régie, par concession ou par usage de la nouvelle reine, l'intercommunale, parfois purement publique, souvent mixte, qui supprime les autres modes de gestion.

Les capitaux privés étaient initialement fort éparpillés. Leur concentration s'accroît lors de la conclusion des conventions sur l'électricité de 1955 (étendues au gaz en 1966) qui débouchèrent sur un modèle proprement unique en son genre de régulation puisque les entreprises de production (essentiellement privées) acceptèrent la

⁴⁴ A. MACAR, « Institutions communales », *Les Nouvelles, Lois politiques et administratives*, t. 1, Bruxelles, Editions Edmond Picard, 1933, pp. 573-574, n° 1136-1137.

⁴⁵ A. MACAR, *op.cit.*, n° 1138.

⁴⁶ A. MACAR, *op.cit.*, p. 577, n° 1143. Le poids de la sociologie n'est pas propre aux communes. Jules Lespès, professeur de droit administratif et de législation industrielle à l'ULB, n'avait pas de mots assez durs en 1939 pour se faire contempteur de l'anarchie caractéristique du phénomène des établissements publics et organismes d'intérêt public qui « *pullule sur le gras humus de l'étatisme* » (J. LESPÈS, « Réflexions sur la décentralisation et l'autonomie », *Rev. Adm.* 1939, p. 296). Mais, à l'instar de Macar, il en analysera mieux les causes profondes pour en dire dix ans plus tard qu'ils étaient « *le produit de la vie* » (J. LESPÈS, « intervention », in *Les organismes parastataux, compte-rendu des discussions des 5èmes Journées Administratives tenues le 30 avril 1949*, Bruxelles, IBSA, 1949, pp. 10-13). Bornons-nous aussi à constater avec Lespès, qui n'avait guère de bienveillance à l'endroit des communes non plus, que c'est bien à l'échelon communal que naquit « *un phénomène qui a de la bouteille* », soit la mise sur pied d'organismes, d'établissements dotés d'une personnalité juridique (donc d'un patrimoine) distincte de celle de l'autorité politique créatrice (et plus près de nous: M. DAMAR et P. DELAUNOIS, « Les organismes d'intérêt public », *C.H. CRISP* 1988, n° 1191-1192, pp. 15-16).

⁴⁷ Preuve de l'utilité du dialogue pluridisciplinaire, plusieurs des données qui suivent ont été rappelées de manière approfondie par Monsieur Luc Hujoel, un économiste parmi les plus fins connaisseurs du dossier de l'énergie en Belgique, directeur général de Sibelga et conseiller national d'Intermixt, au cours d'une conférence dispensée le 27 mars 2012 dans le cadre du cours de « Droit public économique » à l'ULB.

planification conjointe de leurs investissements (ce qui permit le développement de la production nucléaire). Un autre volet organisa la concertation entre entreprises (publiques, privées et mixtes) du secteur et les partenaires sociaux (le Gouvernement national se limitant à se tenir au bord) quant à la fixation de tarifs relativement élevés pour les ménages mais fort compétitifs pour les entreprises. Les communes organisèrent leurs prises de positions en créant les fondations Intermixt et Interrégies. Et d'environ une cinquantaine, le nombre d'entreprises privées serait ramené à 3 au milieu des années 1970. Plusieurs lois tentèrent de forcer une place pour l'Etat national mais en 1990, la réunion au sein d'Electrabel des trois dernières entreprises privées laissait un seul acteur dominant tous les segments du marché, présent dans le capital de la majeure partie des intercommunales et adossé au groupe français Suez.

Pourtant, des événements sans liens apparents menèrent alors à une reconfiguration étonnante.

Tout d'abord, l'article 180 de la loi du 21 décembre 1994 portant dispositions sociales et diverses habilita les communes à prendre tout type de participation dans les entreprises du secteur énergétique. Cette disposition toujours applicable suivait de peu la privatisation de la Société nationale d'investissement qui comptait des parts importantes dans des filiales spécialisées dans le secteur.

Par ailleurs, en raison de l'enchevêtrement des compétences tant sur les intercommunales que sur la politique énergétique, l'Etat fédéral et les trois Régions ont conclu fin 1998 – début 1999 un accord au sein de la Conférence interministérielle économie et énergie sur la nouvelle architecture du monde de l'énergie devant advenir suite aux directives européennes de libéralisation de 1996 (électricité) et de 1998 (gaz). Les Régions traitèrent avec les intercommunales de distribution (tant pures que mixtes) pour que celles-ci abandonnent l'activité de fourniture locale au client final pour ne plus se consacrer qu'à la gestion des réseaux de distribution⁴⁸.

Habilitation légale spécifique, d'une part, mise en œuvre

des législations sur les intercommunales et sur l'énergie, d'autre part, voilà pour la cadre institutionnel de l'action économique communale.

D'un autre côté, Suez a fusionné avec sa filiale Electrabel suite à une offre publique d'achat et d'échange menée à la fin 2005 puis avec le géant français privatisé GDF pour former un conglomérat d'ampleur européenne, voire mondiale. En novembre 2006, la Commission européenne n'autorisa la concentration d'un électricien et d'un gazier de cette ampleur que sous de strictes conditions dont plusieurs impliquaient des modifications dans l'actionnariat de bon nombre des acteurs privés et, surtout, du secteur économique mixte de l'énergie: 1/ la cession de la participation de Suez dans Distrigaz (privatisée en 1994), 2/ la cession de la participation de GDF dans SPE (une intercommunale du bassin liégeois, seul acteur public de la producteur d'électricité); 3/ la réorganisation des activités de Fluxys (gestionnaire du réseau de grand transport du gaz) et le renoncement à tout contrôle sur celle-ci⁴⁹.

C'est donc une combinaison de facteurs historiques et de décisions réglementaires qui permet de comprendre la persistance de l'actionnariat communal ainsi que sa grande complexité. Les communes belges, par l'intermédiaire du holding PubliT, détiennent à la mi-2012 environ 45,37% du capital de la société Elia qui gère le réseau d'électricité à haute tension alors que l'ancêtre de celle-ci, la société CPTe, avait été capitalisée en 1937 par les producteurs privés d'électricité. Quant à l'actuel gestionnaire des grandes canalisations de gaz naturel importé et du terminal portuaire de Zeebruges, Fluxys G, il dépend d'un holding (PubliGaz) contrôlé à 80% par les communes et 20% par la Caisse de dépôt et placement du Québec (un fonds de pension)⁵⁰.

Soulignons par ailleurs en ce qui concerne les intercommunales gestionnaires des réseaux locaux de distribution que la tendance actuelle, que l'on rencontre sous des formes différentes dans les trois droits publics économiques régionaux, est au retrait progressif des capitaux privés⁵¹.

⁴⁸ C. DECLERCS et A. VINCENT, « L'ouverture du marché de l'électricité. I. Le cadre institutionnel », *C.H. CRISP* 2000, n° 1684, p. 16-17.

⁴⁹ Commission européenne, décision du 14 novembre 2006 déclarant compatible une opération de concentration avec le marché commun, *Gaz de France / Suez*, n° COMP/M.4180.

⁵⁰ Voyez *La Libre Belgique* des 10 – 11 mars 2012 pour plus de détails sur les participations de Fluxys G, dont 89.97% de Fluxys SA, le gestionnaire proprement dit, coté en bourse sur le marché secondaire Euronext à Bruxelles, le reste étant réparti dans le « public ».

⁵¹ Le retrait d'Electrabel du capital de l'intercommunale Sibelga à Bruxelles sera intégralement effectué le 31 décembre 2012 et ce, suite à une négociation contractuelle. En région flamande, le retrait des capitaux privés a été par contre intégralement imposé par le législateur décrétal à l'horizon 2018 sans qu'une solution définitive n'existe encore. En région wallonne, le législateur a obligé en 2008 les intercommunales mixtes à ramener la part privée en-dessous de 25%. Il est à noter que, malgré ces trois configurations juridiques régionales

Par contre, les droits publics économiques régionaux s'avèrent plus diversifiés dans le secteur de la câblodistribution. En région wallonne, à partir du bassin liégeois, l'intercommunale Tecteo (opérant sous la marque Voo) couvre désormais la quasi intégralité du territoire. En Région flamande, en revanche, sous l'impulsion déterminante de l'autorité régionale au milieu des années 1990 (un décret flamand du 20 décembre 1995), c'est une société à capitaux très majoritairement privés, Telenet Vlaanderen, qui couvre tout le territoire. Le mouvement de concentration capitalistique revêt des atours juridiques bien différents. En Région bruxelloise, l'on rencontre toujours une intercommunale, une régie communale et un concessionnaire de service public, encore que l'on constate que peuvent se nouer des alliances avec les deux autres opérateurs précités.

Là vient un autre paradoxe que l'on doit à nouveau aux évolutions technologiques. Les entreprises de câblodistribution offrent désormais un service « triple play » (télévision, téléphonie vocale et Internet)⁵² comme le font aussi les entreprises de téléphonie. L'opérateur dominant parmi celles-ci est comme chacun le sait Belgacom, entreprise publique autonome dont l'Etat fédéral détient environ 55% (le reste étant coté en bourse). Descendante de l'ancienne Régie des téléphones et télégraphes créée par le législateur en 1930, celle-ci avait vu son réseau historiquement constitué à partir de concessions de service public communales (pour les liaisons locales dans les grands centres urbains) et nationales (pour les liaisons interurbaines)⁵³. La concurrence dans la fourniture des services audiovisuels et informatiques est donc aujourd'hui essentiellement le fait d'une société privée issue du regroupement obligatoire d'anciennes intercommunales, d'une entreprise publique née au loin de la reprise par l'Etat de concessions mais partiellement privatisée et d'une intercommunale pure tentaculaire. Autrement dit, la concurrence peut même exister entre entreprises publiques (aux actionnaires certes différents).

La présence communale est toujours aussi marquée

dans le secteur de l'eau sauf en ce qui concerne les infrastructures d'épuration qui sont de plus en plus de responsabilité régionale (encore que ce soit sous des schémas juridiques de gestion diversifiés). Production, adduction et égouttage relèvent bien souvent d'intercommunales (quasiment toutes pures). La distribution est parfois le fait de la SWDE en Wallonie et de son équivalent en Flandre alors qu'à Bruxelles, une seule intercommunale, Hydrobru, couvre les 19 communes. Cela résulte souvent du modèle « historique » de l'ancienne Société nationale de distribution d'eau qui, créée en 1913 par le législateur national avant sa régionalisation, jouait un rôle supplétif en faveur des communes insuffisamment outillées pour agir seules ou même par voie d'association intercommunale. Sur l'ensemble du territoire belge, la place des capitaux privés dans le secteur « communal » de l'eau est très réduite, la plupart des concessions étant éteintes depuis longtemps⁵⁴.

Hormis la tentative de la Commission européenne qui, s'étalant entre 2002 et 2008, visa à mettre en concurrence les intercommunales belges avec d'autres acteurs par une interprétation plus qu'extensive des règles européennes sur les marchés publics, force est de constater que l'échelon communal résiste dans l'ensemble bien au primat du tout à la concurrence⁵⁵. L'effet de taille (ramené à l'ensemble du marché unique européen) constitue un facteur d'explication aussi important que celui découlant des vertus démocratiques que l'on peut prêter à juste titre ou non à l'institution politique la plus proche des citoyens à travers l'Europe⁵⁶ ou le développement de l'expertise du secteur public.

Au total, la présence économique des communes demeure remarquable en Belgique même si la situation peut être contrastée entre les Régions. La mise en liquidation du Holding communal en décembre 2011 (le lointain descendant du Crédit communal fondé en 1860) qui résulta de l'effondrement en deux temps du groupe Dexia (en octobre 2008 et en octobre 2011) vient d'en montrer des limites mais ne doit pas occulter la perma-

différentes, cet accroissement de l'indépendance des entreprises de distribution locale va au-delà des exigences des directives européennes de 2009 qui se concentrent sur l'indépendance des gestionnaires des réseaux de grand transport de gaz et d'électricité.

⁵² Et ce, en attendant la généralisation du « quadruple play » qui intègre également la téléphonie mobile et les services destinés à la nouvelle technologie des tablettes numériques.

⁵³ La décision du rachat des concessions fut prise en 1885 dans le consensus entre le nouveau cabinet catholique homogène et les libéraux sortants qui, tous, firent le calcul que le monopole constitué par le groupe américain Bell (aux termes d'un mouvement de concentration foudroyant) serait mieux logé dans les mains de l'Etat.

⁵⁴ Là, c'est avec la France que le contraste est patent puisque les deux groupes géants de l'eau, qui sont devenus Veolia et GDF Suez, naquirent au 19^e siècle et occupent aujourd'hui le haut du pavé dans les « public utilities » à l'échelle mondiale.

⁵⁵ Le Congrès des pouvoirs locaux du Conseil de l'Europe est de manière générale un autre lieu où s'adoptent des avis et recommandations relativement rétifs aussi vis-à-vis de ce « tout à la concurrence ».

⁵⁶ Encore que des surprises soient réservées par le « paquet Barnier », l'ensemble des nouvelles propositions de directives émis le 20 décembre 2011 par la Commission européenne en matière de marchés publics mais aussi de concessions.

nence du phénomène⁵⁷.

Illustrés par cet exemple communal, notre dialogue et nos horaires croisés de travail au cours des derniers mois de rédaction (soit le premier semestre 2011) furent des plus constructifs et enrichissants. La lecture du matériau bibliographique de l'autre a profité à chacun. Si la démarche, les constats, mais également bien des conclusions sont communs, chacun d'entre nous demeure évidemment responsable de ses choix, propos et propositions⁵⁸. Afin que le lecteur puisse se faire son idée personnelle, le texte de nos deux dissertations orales est reproduit ci-dessous⁵⁹. C'est bien volontiers que nous poursuivrons ce dialogue avec tout qui le souhaite⁶⁰.

Le droit des industries de réseaux 1830-2010. Une histoire de l'évolution du rôle de l'Etat fondatrice d'un droit du service public⁶¹

Mesdames et messieurs les membres du jury, mesdames, messieurs, chers collègues, chers parents, chers amis.

J'ai le plaisir et l'honneur de prendre la parole aujourd'hui, pour vous faire part des résultats de ma recherche doctorale. Elle a pour thème l'histoire du droit de quatre grandes industries de réseaux en Belgique : les services postaux, les chemins de fer, les télécommunications et les médias audiovisuels, ainsi que les distributions d'eau.

L'expression « industrie de réseaux » est issue de la science économique anglo-saxonne (sa traduction, *network industries*, y est très en vogue). Elle désigne en

général toute activité économique qui suppose un réseau de transport : transport de personnes, de marchandises, mais aussi d'eau, d'électricité, de sons, d'images, de déchets, etc.

La thèse met l'accent sur le rôle historique joué par l'Etat dans les quatre industries de réseaux étudiées. Cette évolution du rôle de l'Etat est ensuite utilisée pour revisiter la théorie juridique et l'usage politique du concept de service public. En d'autres termes, la thèse interroge la division un peu convenue entre, d'un côté, les partisans de l'intervention de l'Etat, nécessairement considérés comme les défenseurs du service public et classés à gauche sur l'échiquier politique; et de l'autre côté les tenants du laisser-faire et de l'économie de marché, le plus souvent considérés comme opposants du service public et classés à droite.

Trois propositions successives résultent alors de l'ensemble de la recherche. La première proposition est méthodologique. Selon moi, la thèse confirme que l'histoire du droit et la science historique peuvent servir à construire un savoir juridique. La seconde proposition est historique. La recherche effectuée démontre que les industries de réseaux étudiées, en particulier les chemins de fer et les télécommunications, exercent un impact fondamental, parfois méconnu, sur l'évolution du rôle de l'Etat moderne en Belgique. La troisième proposition est juridique. Sur la base d'une conception exclusivement fonctionnelle de la notion de service public, la thèse entend infléchir la théorie classique du service public en distinguant la création d'un service public de son organisation et en étendant les catégories classiques des modes de gestion d'un service public.

Une proposition méthodologique

La méthode suivie pour aboutir aux deux propositions ultérieures s'est fondée au départ sur une intuition : le droit, la science juridique est, au moins en partie, fondée

⁵⁷ Reste à voir si une certaine course au « gigantisme » (qui marque aussi l'aventure Dexia), doublée de risques d'éloignement des collectivités locales de base comme des tutelles régionales et d'une trop grande privatisation des politiques de gestion, ne conduira pas à de nouvelles reconfigurations institutionnelles et propriétaires. Nous n'abordons pas ici non plus la question juridique de savoir si les communes peuvent ou non prendre part à la création ou à la prise de participation dans une entreprise en-dehors d'une permission législative.

⁵⁸ Nous divergeons par exemple sur l'opportunité de délaisser ou non la distinction traditionnelle, formulée par André Buttgenbach, entre service public organique et service public fonctionnel ou sur la dissociation à opérer entre la décision d'ériger un service public et celle de choisir son mode de prestation.

⁵⁹ Ces deux textes sont présentés dans leur état lors de leurs présentations. Un an s'étant écoulé depuis celles-ci, de nouvelles lectures, de nouvelles découvertes documentaires et bibliographiques peuvent toujours susciter quelque regret de n'avoir pas été exhaustif ou d'avoir été insuffisamment précis. Ceci est d'autant plus le propre des mises en perspective historiques ayant pour ambition de traiter également d'aujourd'hui. Par souci de ne pas altérer ce que nous avons chacun défendu à la lettre, il n'a dès lors été procédé à aucune mise à jour.

⁶⁰ dyernault@ulb.ac.be ; debroux@fussl.ac.be .

⁶¹ Dissertation orale de Pierre-Olivier de Broux, en vue de l'obtention du grade de docteur en histoire - 30 mai 2011 – Facultés Universitaires Saint-Louis.

sur son passé. Montesquieu déjà écrivait: « *il faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire* » (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XXXI, 2). Cette citation résume parfaitement la méthode que j'ai voulu mettre en œuvre. D'abord étudier de manière approfondie le droit de quatre industries de réseaux en Belgique, depuis 1830 jusqu'à aujourd'hui, afin d'éclairer l'histoire de Belgique, et en particulier afin d'éclairer l'évolution du rôle économique de l'Etat. « *Eclairer l'histoire par les lois* », disait donc Montesquieu. Dans un second temps, j'ai utilisé cette histoire pour revisiter la théorie juridique du service public. « *Eclairer les lois par l'histoire* », selon Montesquieu.

Le recours à l'histoire, comme à la méthode historique, pour bâtir le droit, est passé, grâce à ma thèse, du statut de l'intuition à celui de la conviction. L'histoire est, dans certaines matières, un outil indispensable à la construction théorique du droit. C'est le célèbre avocat bruxellois Edmond Picard qui soulignait, en 1878, que « *la première et inévitable condition d'un ouvrage juridique nouveau, et même d'une décision judiciaire parfaite, est de connaître ce qui a été dit et ce qui a été fait antérieurement* » (*Pandectes belges*, t. Ier, « Introduction », p. XIII). Dans le domaine du droit public, en particulier, le professeur Urban soulignait au début du 20^e siècle que « *L'histoire du Droit public et le Droit constitutionnel comparé ont surtout pour rôle de montrer les théories politiques dans leurs applications concrètes, dans leurs réalisations historiques les plus notables. (...) c'est à l'étude de cette évolution que doit s'appliquer la science, si elle veut parvenir à des conclusions raisonnées et pratiques, susceptibles d'amener des progrès ultérieurs* » (*Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. I, Bruxelles-Paris, 1906, p. 17). L'étude du passé est donc indispensable à la construction des concepts juridiques. La question est cependant de savoir jusqu'où dans le passé le juriste peut prétendre remonter seul, sans l'aide de la science historique. Vingt ans n'effraient aucun juriste. Au-delà, c'est nettement plus variable... L'histoire du droit est donc susceptible de constituer un apport précieux pour alimenter la réflexion juridique et la construction des concepts théoriques. C'est donc avec conviction que j'invite les juristes à utiliser à bon escient les travaux des historiens du droit ou, mieux encore, à unir leurs forces et leurs savoirs dans des recherches communes. Cette invitation n'est évidemment pas formelle; je ne me contente pas de faire la publicité de l'histoire du droit auprès des juristes. Cette invitation s'appuie sur l'ensemble de la thèse, qui démontre concrètement l'apport de l'histoire du droit des industries de réseaux à la théorie juridique du service public, objets de mes deux autres propositions.

Une prise de conscience historique

La seconde proposition est relative à l'histoire des industries de réseaux. Cette histoire précise le rôle essentiel qu'elles occupent dans la construction et l'évolution de l'Etat belge, en particulier dans le champ économique.

L'histoire des quatre secteurs étudiés est passionnante. Elle fourmille de faits auxquels notre vie quotidienne fait écho, le plus souvent sans le savoir. Les postillons du 17^e siècle, dotés de hautes bottes, parcouraient en principe sept lieues entre chaque relais de poste, à cheval. Ce sont les horaires des chemins de fer qui ont imposé la fixation d'une heure universelle, afin que la même heure sonne au même moment à Anvers, Bruxelles et Liège, mais aussi à Paris, Londres, ou Amsterdam. Les lettres SOS ne sont les initiales d'aucune expression mais seulement la transcription alphabétique des signaux de détresse émis en morse par les premiers postes de télégraphie sans fil. Ces signaux ont été adoptés par un traité international en 1906. L'Eurovision est le premier système de coopération internationale dans le domaine de la télévision. L'Eurovision est née grâce au couronnement de la reine Elisabeth II d'Angleterre, en 1952, et elle a ensuite installé le siège de ses activités dans le Palais de justice de Bruxelles durant une trentaine d'années. La télédistribution est une initiative de sociétés et d'intercommunales actives dans l'électricité, qui cherchaient à diversifier leurs activités. La distribution d'eau potable, enfin, fondement essentiel mais inconscient de notre vie quotidienne, est le phénomène étudié qui a mis le plus de temps à se mettre en place. Si les premiers réseaux de canalisations apparaissent dans les années 1850, l'ensemble des villes et communes belges ne sont reliés à un réseau de distribution d'eau qu'à la fin des années 1970, plus d'un siècle plus tard.

Ces diverses anecdotes ne représentent cependant que la partie émergée de l'iceberg. Les industries de réseaux exercent en effet, dès le 19^e siècle, une influence exceptionnelle sur le fonctionnement de l'Etat. Pour le dire très sommairement, la science politique décrit souvent ce fonctionnement selon trois modèles successifs de l'Etat moderne: le modèle de l'Etat libéral au 19^e siècle, le modèle de l'Etat providence au cœur du 20^e siècle, et enfin, depuis la fin des années 1980, l'émergence d'un nouveau modèle, parfois qualifié d'Etat régulateur. Les industries de réseaux étudiées se trouvent à chaque fois au cœur de ces transformations de l'Etat. Ces modèles politiques ont permis la division chronologique de ma thèse en trois parties.

La première partie, qui porte grosso modo sur le 19^e siècle, s'intitule: « *la construction des réseaux, instrument*

d'un Etat libéral interventionniste ». L'impact des industries de réseaux sur l'Etat durant cette période est majeur. L'amélioration des services postaux, en particulier grâce à la naissance des chemins de fer, révolutionnent les communications après 1835. L'établissement des premiers télégraphes entre 1846 et 1850 permet pour la première fois aux correspondances de voyager plus vite que l'homme. L'arrivée du téléphone en 1879, puis de la radiotélégraphie en 1902, émerveillent la société bourgeoise de la Belle-Epoque. L'installation des distributions d'eau dans les grandes villes accompagne l'émergence des préoccupations de santé publique. Dans toutes ces activités, l'Etat s'est engagé avec ardeur. Il se réserve la construction et l'exploitation de la plupart des infrastructures, sauf celles de l'eau potable et des chemins de fer vicinaux, qui sont construites par les communes.

Un mythe est pourtant tenace, en particulier dans la littérature juridique, c'est celui de l'insignifiance du secteur public au 19^e siècle, celui d'un Etat modeste dans ses interventions économiques, ayant surtout recours aux concessions à des entrepreneurs privés. Ce point de vue nous paraît devoir être fortement nuancé. L'exemple toujours donné est celui des chemins de fer, où le recours à la concession privée se serait largement développé. C'est exact, mais durant une période limitée à une trentaine d'années seulement. L'Etat a par contre construit seul les premières et principales lignes, qu'on a parfois appelées la croix de fer: une ligne d'Ostende à Liège vers l'Allemagne, une ligne d'Anvers à Bruxelles et Mons vers la France, qui se croisaient à Malines. Les entrepreneurs privés n'ont pu construire que des lignes annexes à cette ossature étatique. Les revenus de l'ensemble des lignes privées, bien plus importantes en kilomètres de voies, n'ont égalé que pendant trois ans, sur trente ans, les revenus de l'Etat sur les lignes publiques. L'Etat avait donc beau disposer de moins de lignes que le secteur privé, il n'en accaparait pas moins la majorité des revenus. Et il a ensuite progressivement racheté, à partir des années 1870, toutes les lignes privées. Dans tous les autres secteurs, le recours aux sociétés privées est extrêmement limité.

L'Etat libéral est en réalité un des premiers acteurs économiques de l'époque, et en outre les activités publiques elles-mêmes sont dominées par les industries de réseaux. On ne peut évidemment réduire aux chiffres budgétaires l'activité politique et administrative d'un Etat, mais ces chiffres sont néanmoins particulièrement éloquentes. Le poids du ministère des chemins de fer, des postes, des télégraphes et des téléphones dépasse, à l'aube du 20^e siècle, 40% du budget de l'Etat, et 90% de la dette publique. Les recettes tirées par l'Etat dans ces secteurs dépassent l'ensemble de toutes les autres

recettes fiscales. C'est colossal et probablement unique au monde. Si l'on y ajoute les initiatives financières (Crédit communal, CGER, ...) et les incursions plus limitées dans la sphère sociale, en particulier dans l'enseignement, les hospices et les œuvres de bienfaisance, il est incontestable que l'Etat a été, au 19^e siècle, particulièrement interventionniste. L'action publique est certes ciblée et guidée par l'idéologie libérale, elle ne représente peut-être pas une part très élevée du produit national brut, de l'ordre de 13 à 15% au début du 20^e siècle, mais cette action n'en est pas moins, en Belgique, considérable.

Une deuxième caractéristique remarquable et méconnue de l'Etat libéral du 19^e siècle concerne l'évolution des relations entre les Etats, surtout européens, vers des formes nouvelles de multilatéralisme. Pour reprendre les mots du professeur Descamps, l'Etat s'est écarté « *de la sphère des conventions purement politiques où il s'occupait, à titre exclusif, de la guerre, du rétablissement de la paix et accessoirement du commerce. Le droit des nations est entré dans la voie de « l'administration internationale », réglant à son point de vue les fonctions variées de la vie commune des peuples* » (cité par G.P. SPEECKAERT, *Le premier siècle de la coopération internationale 1815-1914*, Bruxelles, 1980, p. 114). Tous les secteurs étudiés ont été l'occasion de la création de telles administrations internationales, de manière parfois très poussées et novatrices, n'ayant parfois pas grand chose à envier aux institutions européennes et internationales actuelles. L'Union télégraphique internationale, l'Union postale universelle, l'Office central des transports internationaux par chemins de fer, l'Office international d'hygiène publique, sont nés au 19^e siècle, et existent encore aujourd'hui. Les deux premières unions en constituent les exemples les plus abondamment cités, qui ont servi de modèle à bien des organisations ultérieures. Cette évolution fondamentale des relations internationales est donc principalement issue de la construction des réseaux de communication, puis du développement des relations commerciales et financières qu'ils autorisaient.

La deuxième partie de la thèse, qui couvre grosso modo le cœur du 20^e siècle, est intitulée « *l'intégration des réseaux, levier de l'Etat providence* ».

Selon l'historien français Caron, ce siècle est marqué « *par l'emprise croissante que les réseaux techniques à grande échelle ont établie sur la société et sur le monde. Aux réseaux du 19^e siècle sont venus s'ajouter des réseaux d'électricité, d'aéronautique, de téléphonie et de radio, qui ont fait naître chez les utilisateurs des formes nouvelles de dépendance. L'extension de ces réseaux a été le fruit de contraintes techniques liées aux économies*

d'échelle, mais aussi d'un désir des utilisateurs de disposer de connexions toujours plus lointaines et nombreuses » (F. CARON, *La dynamique de l'innovation. Changement technique et changement social (XVIe –XXe siècle)*, Paris, 2010, p. 393). C'est ce que j'ai appelé l'intégration des réseaux.

Plus que jamais, l'Etat a été l'acteur principal de cette intégration. Son emprise sur l'économie en général est d'ailleurs devenue colossale, suivant en cela la croissance généralisée du secteur public dans la plupart des pays dits industrialisés. Contrairement au 19e siècle, les industries de réseaux ne sont par contre plus seules à l'origine de cette expansion du rôle de l'Etat. Celle-ci s'explique aussi et surtout par la naissance de la Sécurité sociale et par d'autres interventions économiques, notamment lorsque l'Etat se fait actionnaire d'entreprises en difficultés; elles forment le cœur de l'Etat providence. Il n'empêche, l'Etat est débordé par les engagements financiers considérables qu'implique l'exploitation de ces industries de réseaux. Il les décentralise dès lors très tôt dans des organismes dits « paraétatiques », des institutions distinctes et plus ou moins autonomes par rapport à l'Etat.

Ce phénomène du paraétatisme est une caractéristique essentielle de l'action publique au 20^e siècle, et les industries de réseaux fournissent les organismes les plus emblématiques de ce phénomène : la Société Nationale des Chemins de fer Vicinaux (la SNCV), la Société Nationale des Distributions d'Eaux (la SNDE), la SNCB, la Régie des Télégraphes et des Téléphones (la RTT), ou l'Institut National de Radiodiffusion (l'INR). C'est un premier changement structurel de l'intervention de l'Etat, auquel les industries de réseaux ont significativement contribué.

Elles sont également entrées dans le champ des clivages politiques. Les industries de réseaux ont été idéologiquement marquées par leur proximité avec le rôle interventionniste de l'Etat. Les débats sur la privatisation ou la décentralisation des chemins de fer ou des télégraphes et des téléphones ont entraîné les premières frictions politiques dans la gestion des grands services publics économiques. Ces débats ont forgé les convictions socialistes en faveur de l'interventionnisme étatique, et les convictions libérales en faveur du libre marché et de la privatisation. Le paraétatisme constitue d'ailleurs par lui-même une sorte de compromis politique entre ces deux visions opposées de la gestion des services publics. Sur la scène internationale, par contre, les industries de réseaux conservent une place importante, mais qui n'est plus décisive sur l'évolution des relations entre Etats.

La troisième partie de la thèse, enfin, concerne les vingt

dernières années, très riches en évolutions, qui sont d'ailleurs toujours en cours. Elle a pour titre « *la libéralisation des réseaux, emblème de l'Etat régulateur* ».

En vingt ans, les évolutions technologiques ont encore été nombreuses dans la plupart des secteurs étudiés. Les trains à grande vitesse sont en plein essor; les progrès dans les télécommunications sont fulgurants, pas tant grâce à de nouvelles inventions, mais grâce à des performances hautement améliorées, tous les trois à cinq ans, de technologies déjà connues. La téléphonie mobile et Internet, réservés à une audience spécialisée ou aisée en 1990, connaissent un taux de pénétration étonnant en 2010: bien au-delà de 100% des habitants pour le téléphone mobile, et un peu au-delà de 40% des habitations pour les connexions Internet à haut débit, à comparer avec la télédistribution par câble, à laquelle environ 80% des habitations sont raccordées. Les communications électroniques ont d'ailleurs un impact direct sur la baisse régulière du trafic postal ou des lignes téléphoniques fixes. L'évolution des techniques postales ou hydrauliques est par contre moins spectaculaire. Les politiques menées visent surtout à garantir le maintien d'un service accessible, qualifié d'universel, pour l'ensemble des habitations.

Trois phénomènes caractérisent l'évolution de ces industries de réseaux. Ils se retrouvent à nouveau au cœur de la transformation du rôle de l'Etat en Etat régulateur. Le premier phénomène est celui de la libéralisation, soit l'ouverture plus ou moins grande du marché à la concurrence, qui s'affirme au niveau de la poste, des chemins de fer et, surtout, des télécommunications et des médias audiovisuels. Le second phénomène est celui de la privatisation totale ou plus souvent partielle des activités publiques, qui concerne notamment La Poste, Belgacom, Telenet, et même quelques réseaux de distribution d'eau. Le troisième phénomène déterminant est celui de la régulation. Celui-ci se traduit par la création d'autorités administratives indépendantes, dotées de moyens d'action étendus (pouvoirs d'enquête, pouvoirs de décisions voire, exceptionnellement, de réglementation, pouvoirs de juridiction et de sanction). Ces autorités de régulation apparaissent dans tous les secteurs étudiés et au-delà: l'Institut belge des postes et des télécommunications, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et son pendant flamand, le Vlaamse regulator voor de media, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz forment les institutions les plus représentatives du phénomène dans les industries de réseaux, mais des autorités de régulation existent également dans le domaine ferroviaire et aérien ou, en Flandre, pour la politique de l'eau.

Le rôle de l'Etat a donc à nouveau été transformé, de

même que les modes de gestion des industries de réseaux. L'Etat contribue désormais à la régulation de réseaux libéralisés, dont l'usage est en principe partagé par plusieurs opérateurs. Il n'a pas abdiqué pour autant ses fonctions de construction, d'exploitation ou d'intégration des réseaux, qu'il contrôle encore pour une large part grâce à des entreprises publiques redevenues pour la plupart performantes. Les modes d'intervention de l'Etat se superposent donc plutôt qu'ils se succèdent.

Ceci clôt donc l'exposé très sommaire de l'évolution du rôle de l'Etat. A l'exception du 19^e siècle, l'originalité historique n'est pas grande, surtout pour les périodes récentes, dont l'évolution est bien connue et largement étudiée aujourd'hui par les autres sciences humaines. L'exposé historique est principalement complété sur le plan du droit, mais également en abordant les aspects européens et internationaux, souvent traités séparément des évolutions nationales.

Des conclusions juridiques

La troisième proposition est juridique. Elle entend réaffirmer l'existence d'une notion juridique du service public économique et en développer le régime juridique à partir des constatations historiques qui viennent d'être exposées. J'essaie donc d'éclairer le droit par l'histoire, pour paraphraser encore l'idée de Montesquieu. De manière toujours très sommaire, je vais à nouveau procéder en trois étapes: celle de la définition du service public économique, celle de sa création, et enfin celle de son organisation.

La *première* étape est donc celle de la *définition*.

Traditionnellement, en Belgique, on enseigne que le service public désigne deux réalités: dans une acception organique, souvent privilégiée, il désigne les organismes publics issus du phénomène de paraétatisme dont on a déjà parlé. Dans une acception fonctionnelle, il désigne des activités d'intérêt général qui ont été confiées à des personnes ou des sociétés privées. On parle ainsi fréquemment, aujourd'hui encore, de service public organique et de service public fonctionnel.

L'histoire des industries de réseaux me conforte dans mon opposition résolue à cette classification. A mon estime, il faut absolument distinguer l'activité d'intérêt économique général de la personne qui la prend en charge. Le service public économique ne doit désigner que cette activité d'intérêt économique général, et jamais un organisme public qui s'en chargerait. Je défends donc résolument l'abandon de cet enseignement classique, et m'appuie notamment pour ce faire sur la conception du

service public au 19^e siècle, qui s'appliquait par exemple indifféremment à tous les chemins de fer, que ceux-ci soient exploités par l'Etat ou par les compagnies privées concessionnaires. Je m'appuie également sur les évolutions européennes et l'apparition, dans le droit européen, de la notion de service d'intérêt économique général, puis de service d'intérêt général, en particulier dans les industries de réseaux, et qui demeurent tout à fait indifférente à la personne ou à l'institution, publique ou privée, qui en a la charge. Le service public économique devrait donc se définir comme « toute activité économique destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général, qui est créée, dirigée ou reconnue par une personne morale de droit public afin de garantir son accomplissement régulier ». Le terme essentiel étant le terme *activité*.

La notion de service public organique, qui désigne des organismes publics, doit donc être abandonnée. Elle devrait être remplacée, par exemple, par la notion de « *personne morale de droit public* » (comme l'a déjà également suggéré, notamment, P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, 2006, p. 259, v° « Service public »).

Pour aller plus loin encore, j'ai même proposé de remplacer la notion belge, issue de la doctrine française, de service public par la notion européenne de « *service d'intérêt général* », en me fondant sur l'étymologie de ces deux expressions, révélée par Pierre Rosanvallon. La notion de service public entretient, en effet, un lien fort avec le service à rendre à l'Etat, tandis que la notion de service d'intérêt général a davantage pour objectif de s'occuper des intérêts de « *tous les hommes* », de la société dans son ensemble et des utilisateurs du service en particulier (*L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris, 1990, p. 29). Or, le passage du service à rendre à l'Etat vers un service à rendre à la société est caractéristique de l'évolution des industries de réseaux, et en particulier des multiples réglementations européennes, notamment relatives au service universel. Service public ou service d'intérêt général pourrait ainsi représenter un service orienté vers l'intérêt de l'Etat ou vers l'intérêt du citoyen. Eu égard aux évolutions actuelles, la promotion de la notion de service d'intérêt général pour désigner ce que, jusqu'ici, l'on qualifiait de service public me paraît dès lors tout indiquée.

La *seconde* étape juridique est celle de la *création* du service public.

L'adoption d'une conception fonctionnelle du service public, définie au départ de l'activité d'intérêt général, me paraît imposer la distinction entre la création d'un service public, l'érection d'une activité en service public, d'un

côté, et son organisation de l'autre.

A nouveau, ce raisonnement est inspiré de la création des différentes industries de réseaux au 19^e siècle. C'est en particulier lors de la monopolisation du téléphone par l'Etat que le législateur s'est interrogé sur la nécessité d'ériger ce moyen de communication en service public, séparément de la question de sa gestion en monopole public ou par des concessions privées. Au 20^e siècle, les deux questions de la création et de la gestion publique ou privée sont le plus souvent confondues. Mais c'est précisément cette confusion qui a permis d'attirer l'attention sur l'intérêt de la distinction. Les débats parlementaires se limitaient en effet le plus souvent à justifier le mode de gestion, sans jamais s'interroger sur l'érection de l'activité concernée en service public. Juridiquement, il nous paraît aujourd'hui indispensable de distinguer les deux questions de la création et de l'organisation d'une activité de service public.

Ce point de vue que je défends, en me fondant sur l'histoire du droit des industries de réseaux, est à ce jour totalement absent de la doctrine juridique passée ou présente. A cette fin, la création d'un service public nécessite l'intervention d'une personne morale de droit public, mais le lien entre les deux notions s'arrête là. « *Contrairement à une idée couramment admise, l'idée de service public ne se confond pas avec l'extension du secteur public* » (G. MARCOU, « De l'idée de service public au service d'intérêt général », dans *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Paris, 2001, p. 383). C'est tout l'intérêt de la distinction: la création du service par l'Etat n'implique jamais une autre intervention de l'Etat. Elle n'implique aucune prestation ni exploitation du service par une personne morale de droit public. L'Etat intervient pour créer un service public au même titre qu'il intervient pour créer les conditions de l'économie de marché et de la libre concurrence ou pour créer le cadre d'un Etat social actif et durable. Le service public ne s'oppose donc pas à l'économie de marché, il s'y insère éventuellement, mais pas complètement. Le service public n'est pas par principe plus favorable à une partie de la population, mais au contraire destiné à la servir dans son ensemble. Ceci même si, dans l'histoire des industries de réseaux, et singulièrement au 19^e siècle, les milieux d'affaires et les catégories sociales plutôt favorisées en ont été les principaux bénéficiaires.

Il est d'ailleurs remarquable que, dans l'histoire des secteurs étudiés, la décision d'ériger une activité en service public, au sens fonctionnel du terme, ait rarement fait l'objet d'un réel clivage politique. Le consensus autour de la notion est pratiquement généralisé au cours du 19^e siècle. Les personnes – rarement les partis – débattent

parfois âprement du mode de gestion de celui-ci, souvent en fonction d'intérêts personnels. La qualité de service public, en revanche, fait l'unanimité. Au 20^e siècle, la notion de service public entre incontestablement dans le champ des clivages politiques, et devient idéologiquement marquée, mais cela s'explique surtout par le fait que les débats ne portent pratiquement plus que sur le mode de gestion du service. Ce mode de gestion est presque toujours public et monopolisé par l'Etat. Mais si l'on s'efforce de distinguer les raisons de la création d'un service public de celles ayant justifié son mode de gestion, les clivages politiques semblent beaucoup plus réduits. Au tournant du 21^e siècle, à nouveau, les gouvernants s'opposent principalement sur les modes d'organisation. C'est la libéralisation, ou la privatisation, qui est au cœur des débats politiques. Or, ni l'une, ni l'autre, ne s'opposent à l'existence d'un service public.

Désormais, juridiquement, à mon estime, il appartient aux gouvernants de chaque fois se demander si, pour une activité particulière, l'intérêt général, les besoins de la collectivité exigent que son accomplissement soit garanti. Dans l'affirmative, l'érection de cette activité en service public est justifiée.

La troisième étape juridique que l'histoire des industries de réseaux a inspiré est la nécessité d'admettre que la distinction entre la gestion publique et la gestion privée d'un service public ne reflète pas suffisamment la multiplicité des modes d'organisation imaginés par les gouvernants, et ne permet pas davantage d'y lier un régime juridique uniforme. Nous proposons alors, à la suite d'un essai de Guy Vanthemscche et de la thèse de Frederik Vandendriessche, d'y substituer un *axe continu entre deux pôles public et privé*, sur lequel se placerait chaque mode de gestion choisi en fonction de son degré d'autonomie et de contrôle.

Les modes de gestion possibles s'étendent ainsi entre deux pôles stéréotypés, l'un public, au sein duquel le contrôle est maximal et l'autonomie nulle, l'autre privé, au sein duquel le contrôle est minimal et l'autonomie maximale. Mais les combinaisons entre ces deux pôles semblent infinies. S'y superposent en outre les nouveaux rapports juridiques complexes entre l'exploitation en monopole ou en concurrence, chapeautés par les mécanismes de régulation. Faire son choix parmi toutes ces possibilités devient une réelle gageure pour les gouvernants.

La réflexion que nous avons initiée entend surtout renseigner ceux-ci sur l'éventail des possibilités, et dans une certaine mesure sur les différences qui les séparent, en fait comme en droit, permettant à tout le moins d'effectuer un choix éclairé et motivé. D'un point de vue juridi-

que, c'est le régime lié à chaque mode de gestion qui devrait orienter le choix du mode de gestion: qui supporte les risques et la responsabilité de l'entreprise ? Quels sont les pouvoirs nécessaires ? Qui est le mieux à même de garantir les droits fondamentaux éventuellement en jeu ? Quel régime d'emploi pour le personnel ? Quel mode de financement est le plus approprié ? Quelle juridiction rendre compétente ? Quel régime budgétaire, comptable ? Quelle application de la réglementation des marchés publics et des principes de bonne administration ? Les variables sont extrêmement nombreuses, et comme leur champ d'application est le plus souvent différencié, il faut en principe se prononcer sur chacune de ces questions. On ne peut en tout cas plus réduire ces questions à un choix entre un régime juridique de la personne publique et un régime juridique de la personne privée.

En pratique encore, il y a aussi des dérives à contenir: débudgétiser, échapper à la réglementation des marchés publics, politiser un service, sont autant de motifs rarement mis par écrit mais récurrents dans les discussions non officielles relatives au choix d'un mode de gestion. La recherche d'un juste équilibre entre les intérêts du pouvoir public qui érige une activité service public, les intérêts de l'organisme gestionnaire et ceux de l'utilisateur devraient faciliter la recherche des meilleurs moyens à mettre en œuvre pour atteindre... les objectifs fixés lors de la création du service, l'étape précédente que nous venons de voir. Il faut enfin souligner que ce choix entre les différents modes de gestion devrait être par nature évolutif.

Voici donc en extrêmement succinct les propositions juridiques que m'a inspirées l'histoire du droit des industries de réseaux. Dans la thèse elle-même, j'en suis d'ailleurs resté au stade des propositions, tant la théorie du service public est par elle-même vaste et complexe.

Pour conclure enfin, je réitère ma conviction que l'histoire a ici grandement contribué à construire le droit. Elle a, d'une part, permis d'élargir le champ théorique du service public, en encourageant la distinction entre création et organisation et en révélant la dilution des frontières public-privé. D'autre part, l'analyse historique a aussi révélé les insuffisances à la fois de la motivation des choix effectués par les gouvernants, comme de l'instrumentali-

sation politique de ces choix.

Si le droit peut ainsi se dégager de l'étude historique, il ne faut pas pour autant conclure que le droit doit consacrer l'histoire. Le droit, en tant que mode d'expression de la volonté politique, peut, doit aussi influencer sur le cours de l'histoire – ce qui démontre au passage une nouvelle fois l'importance de connaître ce passé –. Les règles et critères proposés devraient notamment permettre de réaliser l'équilibre entre les intérêts particuliers, à l'origine de la plupart des évolutions technologiques, et les intérêts collectifs à voir l'activité érigée en service public. Elles devraient également permettre de mieux choisir les modes de gestion appropriés à chaque activité de service public, sans plus mettre celle-ci en danger au profit d'autres objectifs politiques, électoraux, fiscaux, etc. Le choix d'un mode de gestion doit s'appuyer sur les intérêts de tous les acteurs du service public, et pas seulement sur ceux l'Etat ou de ses acteurs. Le droit peut donc aussi servir à corriger les erreurs du passé.

L'État et la propriété - Permanences et mutations du droit public économique en Belgique de 1830 à 2011⁶²

Mesdames et Messieurs, Chers tous en vos titres et qualités, Chers amis, Chère famille, Alice et Lucien,

Ceci constitue la clôture d'une aventure dont le héros lui ne s'arrêta jamais depuis quelques siècles: le droit public économique.

Avant de dresser un simple aperçu de quelques mouvements saillants que celui-ci a connus, je dois vous livrer quelques éléments de méthodologie.

Je vous les résume rapidement comme suit:

- 1 méthode
- 1 but
- 3 dates structurantes
- 5 rapports de l'Etat à la propriété.

Une méthode tout d'abord. Il s'agit d'analyser dans une perspective chronologique et par leur remise en contexte les axes structurants du droit public économique ayant cours en Belgique.

⁶² Dissertation orale de Dimitri Yernault en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques - 20 octobre 2011 – Université Libre de Bruxelles. Cette thèse est en cours de publication au premier semestre 2013 par la maison Larcier sous le titre probable de « L'Etat et la propriété – Le droit public économique par son histoire ».

Le but est de contribuer à comprendre ce qu'est la « structure génétique » d'une branche du droit trop souvent liée au terme « interventionnisme », pour mieux l'asseoir comme droit de la politique économique. L'économie ayant vocation à s'occuper de la production, de la circulation, de la consommation et de l'appropriation des biens et autres ressources rares, c'est assez « naturellement » que le droit public économique doit à son tour nous pousser à nous occuper des questions juridiques afférentes à la cohabitation entre deux institutions aussi fondamentales que l'Etat et la propriété.

Ce processus, pour être analysé chronologiquement, n'en est pas pour autant parfaitement linéaire. Il est fait de permanences et de mutations. *Trois dates permettent d'en scander les grandes périodes: 1830, 1919 et 1980.*

Le droit public économique belge ne naît pas de rien. Il a puisé dans un substrat qui a vu pousser une forte tradition d'autonomie locale depuis le Moyen âge. De même, l'on doit à l'administration des anciens Pays-Bas autrichiens bon nombre d'intéressantes préfigurations du droit contemporain.

La Belgique acquiert son Indépendance en 1830. Ses tous premiers gouvernants s'occupent dès la première minute d'économie en devant pourvoir à la continuité du ravitaillement de la population; ils écartent ce qui leur déplaît dans le droit hollandais mais gardent aussi ce qui les y arrange; surtout, ils confortent essentiellement la révolution juridique française qui a mis la propriété individuelle au cœur de l'ordre sociétal. Nous pouvons mesurer, par le droit dont elle se dote, l'avènement en temps réel d'une nouvelle société politique dont la représentation nationale, très limitée en raison du suffrage censitaire, vise immédiatement à organiser juridiquement un marché territorialement très restreint mais d'abord au profit de ceux qui dominent la vie économique.

Vers 1885, le droit de la politique économique n'a plus cette seule vocation primordiale de créer un espace géographique de marché, même s'il contribue toujours à renforcer celui-ci. L'action économique publique et son droit sont, pour autant qu'ils aient jamais été étrangers l'un à l'autre, définitivement rentrés dans les mœurs politiques, tant à l'échelon central que communal.

La deuxième grande date structurante est 1919 parce que, au sortir d'une guerre épouvantable, le gouvernement d'union nationale mène une politique économique d'union nationale. Ceci résulte de la participation du Parti Ouvrier Belge au gouvernement en exil au Havre et de la prise de conscience par les partis catholique et libéral de ce que du fondamental devait changer. Les desseins de

la politique économique changent, ses instruments juridiques aussi, toujours plus nombreux, toujours plus diversifiés. Elle est menée tout au long de l'année 1919 « comme si », avant même la première élection au suffrage universel masculin.

A partir de là, divers types de politique économique seront menés. Dans l'entre-deux-guerres, tous les types de coalition usent du « dirigisme » pour protéger le marché belge de la concurrence internationale. Le droit parfaitement atypique ayant cours pour les besoins de l'exploitation du Congo belge reste en 1935 ce qu'il était essentiellement peu après 1885 et ce qu'il restera jusqu'en 1960 : la propriété publique est partout pour être mieux concédée à un secteur privé dominé par la Société Générale. Un grand débat de la doctrine juridique de l'entre-deux-guerres sera celui du choix entre « parlementarisme » et « corporatisme ». La question est d'autant moins théorique que les Secrétaires généraux ont, de mai 1940 à août 1944, clairement élaboré une législation économique lorgnant vers le corporatisme, ce que le Gouvernement commencera à détricoter de son exil londonien. Dans tous les cas de figure, la propriété peut, de près ou de loin, passer pour l'aune des évolutions du droit de la politique économique.

Après la Seconde guerre mondiale, le droit public économique atteint son zénith. Il connaît pourtant plusieurs mouvements se déroulant de concert: un interventionnisme généralisé qui fait dire à certains juristes (jusque 1979 !) que la liberté du commerce et de l'industrie est morte; l'industrie lourde qui a fait la richesse du pays entre dans une phase de déclin ininterrompu; les tensions communautaires commencent à irriguer la politique économique; mais aussi, les gouvernants belges font le pari qu'un marché commun européen doté de son droit propre sera de nature à éviter la répétition des guerres. Tout cela, ce mélange d'interventionnisme et d'entrée dans un nouveau libéralisme qu'il faut tout autant organiser, le droit public économique l'exprime dans des centaines de textes.

Notre troisième grande date structurante est dès lors 1980 parce que l'on assiste à un basculement des conceptions dominantes de la politique économique, parce que la Belgique a cédé l'exercice de la souveraineté ou le contrôle de celle-ci à divers ordres juridiques.

Le laps de temps 1979-1982 marque l'avènement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit au respect des biens. C'est en 1981 que la Belgique réexprime son opposition aux nationalisations sans indemnisation lors de la ratification du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et

culturels. En 1980 particulièrement, la Commission européenne adopte, seule, la directive sur la transparence des relations financières entre Etats et entreprises publiques, texte dont l'histoire même permet de dater bien des évolutions institutionnelles et substantielles à venir.

1980 encore parce que, très précisément le 8 août, la loi spéciale de réformes institutionnelles organise le premier partage du pouvoir législatif en matière de politique économique entre l'Etat bientôt fédéral et les Régions (Bruxelles restant pour 9 ans au frigo). Le même jour, le législateur national adopte la loi sur les propositions budgétaires 1979-1980 qui reflète les tensions majeures des rapports du droit à l'économie, de l'Etat à la propriété. D'un côté, l'Etat national juggle le financement des organismes d'intérêt public et il achève de déspecialiser les institutions publiques de crédit; de l'autre côté, il prévoit l'accroissement largement sans lendemain de la présence publique dans le secteur énergétique.

Nous vivons depuis 1980 à l'heure du primat juridique de la concurrence. Il ne semble cependant pas exagéré de dire aussi que, depuis 2008, une crise d'ensemble des finances privées et publiques débouchera vraisemblablement sur une vague nouvelle de réorientations fondamentales.

Ayant choisi de présenter un droit par les mouvements qui l'animent, vous pouvez vous douter de ce que je n'exposerai pas ici l'intégralité des dizaines d'exemples exhumés à l'écrit. Leur nombre a toutefois paru suffisamment significatif pour *poser et vérifier cette hypothèse globale selon laquelle le DPE est mesurable par l'analyse de 5 grands rapports existant entre l'Etat et la propriété dans le champ économique*:

- 1/ l'Etat dessine les régimes juridiques de la propriété ;
- 2/ l'Etat est toujours titulaire d'un minimum de propriétés ;
- 3/ l'Etat réglemente toujours un minimum l'usage de la propriété ;
- 4/ l'Etat soutient régulièrement économiquement des propriétaires;
- 5/ l'Etat redistribue certains fruits et influences de la propriété.

Même parcellairement, sous la forme d'hospices médiévaux communaux, ou, de manière presque globalisante en ce qui concerne la sécurité sociale contemporaine, une partie de l'impôt a été affectée à des dépenses sociales. L'impôt étant par définition une ponction prélevée d'autorité sur un patrimoine pour couvrir des charges collectives, il ne me semble nullement incongru de marquer *l'importance du droit public économique comme*

facteur de redistribution des fruits de la propriété. Ces aspects-là sont développés de manière récurrente dans la thèse mais, comme il s'agit malgré tout de matières se prêtant aussi à des savoirs et techniques propres, je laisserai de côté ici ce 5^{ème} rapport de l'Etat à la propriété, en vous renvoyant au droit fiscal ou au droit de la sécurité sociale.

Maintenant que le cadre général de la dissertation est posé, penchons-nous transversalement sur ces évolutions du droit public économique qui montrent combien la « Constitution économique » du pays est loin d'être contenue dans la seule Constitution écrite, d'une part, et combien les besoins de la politique économique ont conduit à des adaptations, parfois tardives, de son texte quand ils n'ont pas mené, pour le dire poliment, à de nouvelles interprétations, d'autre part.

1. En ce qui concerne l'Etat dessinateur du régime de propriété tout d'abord, le régime général de propriété, qui fait la part belle, mais non exclusive, à la propriété privée des facteurs de production, n'est pas une invention belge. Au contraire, le Gouvernement provisoire réaffirme d'emblée le principe de l'irrévocabilité de l'ancienne aliénation des biens nationaux qui eut lieu sur le sol belge après l'annexion française de 1795. Puis le Congrès national – surtout en ce qu'il protège la propriété de l'expropriation publique arbitraire -, choisit de proroger des principes qui sont d'abord formulés, non pas dans la Constitution écrite, mais dans l'article 544 du Code civil de 1804 et dans son environnement immédiat tel le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, siège d'une certaine formulation de la liberté du commerce et de l'industrie.

Mais le système politique que conforte la Constitution de 1831 comporte une institution qui a elle seule permettra d'expliquer la majeure partie du contenu effectif du droit public économique du siècle à venir: le suffrage censitaire, annoncé par le droit de la Révolution française, perpétué sous le régime hollandais, relayé par le vote plural en 1893.

Lorsqu'advint le premier suffrage universel, les fondamentaux français demeurèrent. Même les débats sur les collectivisations et les nationalisations les ont laissé subsister à ce jour. La Belgique, au contraire de pays voisins qui durent changer intégralement de régime politique et qui construiront avec elle les premières Communautés européennes, n'a pas suivi après 1945 le mouvement de constitutionnalisation économique.

Le droit international général fait du choix du régime économique (et donc de propriété) un élément essentiel de la souveraineté. Même l'article 1^{er} du 1^{er} protocole addi-

tionnel à la Convention européenne des droits de l'homme affirme on ne peut plus clairement le lien entre souveraineté et régime de propriété. En effet, cette disposition essentielle stipule que, moyennant conditions, l'Etat a le droit - le mot y figure tel quel - d'exproprier, celui de réglementer l'usage des biens et celui de lever l'impôt. Qui plus est, inchangé dans sa formulation depuis 1957, l'actuel article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne impose, du moins théoriquement, que le droit communautaire demeure neutre à l'égard du régime de propriété instauré dans les Etats membres.

Je dois vous indiquer ici un des résultats essentiels de la recherche. En effet, contrairement à certaines assertions tenaces d'une partie de la doctrine juridique, il n'existe pas en droit public belge un principe juridique quelconque qui voudrait que l'Etat n'organise un régime de service public ou un mode quelconque d'appropriation publique qu'en cas de carence de l'initiative économique privée. Tout cela est de l'ordre de l'opportunité tout simplement parce que la Constitution belge a laissé au législateur compétent toute latitude de dresser les choix de politique économique qui lui reviennent. Toutes choses égales par ailleurs, un phénomène identique a été constaté à l'échelon communal.

2. Ainsi, en ce qui concerne notre 2^{ème} rapport de l'Etat à la propriété - l'Etat propriétaire lui-même -, force est de constater combien la partition est déjà largement écrite au cours des vingt premières années d'existence de la Belgique. Le mouvement est qualitativement et quantitativement si significatif que j'ai estimé bon, avec bien des historiens, de parler de la période 1830-1885 comme celle de l'« interventionnisme libéral ».

Il suffit d'abord d'une simple circulaire du Gouvernement provisoire pour que les biens « belges » du Syndicat d'amortissement des Pays-Bas, hydre tentaculaire créé par Guillaume d'Orange, soient transférés à l'administration fiscale et des domaines en création.

Ensuite, pour prendre l'exemple du chemin de fer, le législateur de 1834 utilise pleinement sa marge de manœuvre pour trancher en faveur de la propriété publique du tout premier réseau ferroviaire central du continent. Que des lignes ultérieures soient concédées à partir de 1843 ne changera rien à cette propriété- là, logée au sein même de la personne juridique de l'Etat central.

D'ailleurs, vers 1870, l'Etat amorce le (long) rachat systématique de tous les chemins de fer concédés. Il ne faisait là que suivre une voie tracée régulièrement à propos des routes et canaux construits à l'aide de concessions de

travaux publics, une voie qu'emprunta le télégraphe dès 1850, une voie dessinée dès 1885 pour les lignes téléphoniques dans le consensus politique catholique et libéral.

Le chemin de fer en Belgique explique beaucoup de choses pour en cerner le droit public économique. Rogier, Ministre des travaux publics, explique d'ailleurs fort bien en 1837 à la Chambre que, si la Constitution écrite est la Constitution politique du Royaume, le chemin de fer lui tiendra lieu de constitution matérielle et économique. Non seulement, cela permet aux sidérurgistes et aux charbonniers d'écouler leurs stocks, de surcroît l'infrastructure ferroviaire donne réellement son ossature au marché belge. En effet, celui-ci est réduit, lors de l'Indépendance, à sa plus petite taille géographique depuis des siècles. Relié à des empires extérieurs sous l'Ancien Régime autrichien et liégeois, annexé à la France puis à la Hollande, les contours du territoire du marché et de l'Etat restent flous jusqu'en 1839.

Le train justifiera dès lors toutes les audaces, y compris la prise de participation par l'Etat belge en 1840 dans le capital d'une société ferroviaire prussienne. Cet exemple parfaitement oublié est déjà en lui-même suffisamment illustratif. Les députés voulaient se rassurer en proclamant qu'il ne ferait pas précédent. Vœu pieux car, pas plus tard que la même année, le cas exceptionnel sera immédiatement mis en avant pour justifier cette fois l'octroi d'une ligne de crédit à l'achat de bateaux à vapeur pour assurer la liaison avec les Amériques. C'est là une constante du droit public économique, l'exceptionnel fait tôt ou tard des petits.

En 1926, première année des pouvoirs spéciaux conférés par le Parlement à l'exécutif, la création par le législateur de la SNCB répond aussi bien à des impératifs de rationalisation de la gestion qu'à ceux de l'assainissement monétaire. Les rapports du droit public économique à la dette publique, nous tenons là une autre constante régulièrement analysée.

On peut certes spéculer sur ce que jugerait le Conseil d'Etat aujourd'hui mais le fait est qu'il n'est toujours pas revenu sur sa jurisprudence *Usines de Braine-le-Comte* de 1955. Malgré le recours introduit par un entrepreneur qui estimait que la SNCB lui faisait une concurrence déloyale par le fait même qu'elle produisait du matériel roulant dans ses propres ateliers, la juridiction administrative a estimé qu'il s'agissait là d'un choix de politique économique sur l'opportunité de laquelle elle n'a pas à se prononcer.

Puis les affres de la concurrence des modes de trans-

port, en particulier routier puis aérien, vont creuser les déficits d'exploitation de la SNCB qui ne peut survivre sans injections de l'Etat. La galaxie SNCB telle qu'elle existe depuis le 1^{er} janvier 2005 est une conséquence immédiate de la politique européenne de libéralisation du rail. Celle-ci, comme en d'autres secteurs, repose notamment sur la séparation des fonctions entre instances de régulation et les autres acteurs. Elle repose encore sur la séparation des fonctions entre gestionnaire des infrastructures et entreprises proprement ferroviaires. Si la SNCB au sens strict est devenue un opérateur en concurrence parmi d'autres, elle demeure propriété publique en raison des choix posés jusqu'à présent par les gouvernants.

Le dossier ferroviaire offre à nouveau l'occasion de se plonger dans le droit omniprésent des finances publiques, lequel remodèle de manière considérable les manifestations de l'Etat propriétaire. Sachez juste à ce propos que, de 2004 à 2008, le besoin d'isoler la dette historique de la SNCB de celle de l'Etat a mené à la création d'un Fonds des infrastructures ferroviaires, d'abord conçu comme organisme d'intérêt public de catégorie B. Mais l'autorité statistique européenne a considéré que cette forme juridique ne conférait pas l'autonomie économiquement requise pour pouvoir considérer que sa dette ne reste pas imputée à celle de l'Etat fédéral. D'où la tentative de créer alors une entreprise publique autonome, ce qui buta contre le même mur. Le FIF est aujourd'hui une simple filiale immobilière détenue par la Société fédérale de participations et d'investissement; 7.4 milliards EUR de dette, soit environ 2.5% du PIB, sont imputés rétroactivement à l'exercice 2005 de l'Etat fédéral.

3. Les facteurs financiers expliquent de longue date bien des choix de l'architecture des propriétés et patrimoines publics en Belgique. De même, *pour ce qui est de notre 3^{ème} rapport de l'Etat à la propriété, l'évolution de la fonction de l'Etat comme régulateur de la propriété* peut être tout spécialement décryptée en nous penchant sur les grandes lignes de la police bancaire.

La police, la régulation et plus fondamentalement la stabilisation présentent des liens cruciaux. C'est, avec l'évolution des conceptions doctrinales en rapport avec le soi-disant principe de la carence privée, la seconde grande question que j'ai aussi étudiée systématiquement dans la doctrine administrativiste à travers les âges.

L'on constate au cours du 19^e siècle que les polices administratives reposent essentiellement sur l'ordre public classique: sécurité, tranquillité et salubrité publiques. Elles existent aussi pour garantir l'usage général de la

propriété privée comme De Fooz par exemple l'exposa si bien vers 1860. Pour le reste, il n'est surtout pas question que la réglementation entre dans la vie même de l'entreprise. Et certaines activités comme la banque restèrent en principe exclues de toute réglementation spécifique durant un siècle.

La Belgique est la patrie de naissance des banques mixtes, ces conglomerats qui assurent tout à la fois des dépôts de fonds et la participation dans le capital d'une multitude d'entreprises. Signe de la consanguinité des rapports politiques et économiques, sans même aucun coup de baguette magique, la Société générale pour le développement de l'industrie nationale, pure création de Guillaume d'Orange, devient en 10 ans uniquement détenue par des capitaux privés. Elle aliène d'ailleurs les nombreuses terres soustraites au domaine national à partir de 1822 pour se financer dans les années 1830. Il est bon de se remémorer comment naquit ce groupe qui pèsera sur plus d'un siècle et demi d'histoire de la législation économique.

Il faut toutefois créer un minimum de concurrence et elle l'est de toutes pièces avec la Banque de Belgique confiée en 1835 à Charles De Brouckère qui agit avec la bénédiction du Roi et du Gouvernement. Néanmoins, cela constitue une des plus grandes surprises de la recherche, même en lisant avidement la littérature foisonnante sur la crise actuelle depuis 2008, je demeure infiniment frappé par le très faible degré de référence aux précédents d'avant 1929. Il y a pourtant un air de déjà vu dans cette loi du 1^{er} janvier 1839 qui prête 4 millions de francs d'alors à la Banque de Belgique en pleine crise de liquidité et qui, pour être très jeune, était déjà systémique. En ces occasions-là, l'on n'hésitait pas à mettre en avant les intérêts de la classe ouvrière aussi.

Mieux encore, en 1848, l'Etat devra venir à la fois au secours et de la Banque de Belgique et de la Société Générale. Il en tire certes des conclusions en négociant avec les deux afin qu'elles capitalisent en 1850 la Banque Nationale qui reçoit le privilège de l'émission monétaire. Notons au passage, ce n'est nullement anecdotique, qu'en échange de ce privilège (le mot opportunément trouvé par Frère-Orban faisait moins peur que la réalité, à savoir le monopole) et en rémunération de sa garantie, l'Etat reçoit, un droit spécial sur une partie des bénéfices, ce que le législateur de 2009 et la Cour constitutionnelle en 2010 appellent encore le droit souverain de seigneurage. Ce droit existe indépendamment de la part qu'occupe dans le capital de la BNB l'Etat depuis 1948. Pendant un siècle, même sous contrôle gouvernemental, la BNB était en effet restée intégralement aux mains de capitaux privés.

La crise financière de 1873 a certes été essentiellement résolue par la solidarité interbancaire. N'oublions cependant pas qu'elle a été conçue par le Premier Ministre Jules Malou, directeur de la Société Générale dans le civil.

Après-guerre oblige, on note bien dans une loi de 1919 que les activités boursières, largement libéralisées en 1867, doivent être en partie à nouveau policées et régulées en vue de protéger l'épargne, d'assurer la liquidité des transactions et de maintenir un degré suffisant de connaissance du Gouvernement en charge des grands équilibres. Mais il faudra attendre 1930 pour que devienne loi un projet de 1920 qui instaure une police de l'assurance-vie. Celle-ci repose sur l'obligation, pour l'assureur, de respecter plusieurs ratios de solvabilité de nature à garantir sur la durée les prestations à destination des bénéficiaires et assurés. Ces derniers apparaissent très clairement, dans un remarquable exposé des motifs, comme les parties faibles au contrat qu'il convient de protéger. Cela était tout bonnement impensable pour la plupart des esprits juridiques de l'avant 1914.

Avec ensuite, en 1934, la création de l'Office central de la petite épargne et surtout, en 1935, celle de la Commission bancaire, arrive seulement la première réglementation de la banque, un mouvement induit aussi bien par l'arrivée en Europe de la crise boursière de 1929 que par divers scandales et faillites financiers. Il s'agit de la mise en œuvre des pouvoirs spéciaux par la tripartite Van Zeeland après que les Gouvernements De Broqueville et Theunis ont imposé (en réalité, il l'ont négociée) la scission des banques mixtes en deux activités: la détention des participations dans des entreprises est juridiquement isolée de la fonction de banque de dépôt. Les historiens ont noté à juste titre que si les activités de dépôt et d'appel public à l'épargne relevaient bel et bien de la surveillance du nouvel organisme, les activités de holding resteraient en-dehors de tout contrôle public. Le contrôle des holdings reviendra souvent par la suite dans le débat public.

Tout cela se passe sans nationalisations effectives. Les institutions publiques de crédit spécialisées qui foisonnent durant l'entre-deux-guerres sont créées pour faire face à un déficit de l'offre privée de financement mais elles le sont par voie de fondation de toutes pièces ou de partenariats avec des capitaux privés. L'Etat octroie aussi des facilités de crédit aux banques et à l'industrie, par l'intermédiaire notamment de la Société Nationale de Crédit à l'Industrie, de l'Institut de Réescompte et de Garantie ou de l'Office de liquidation des interventions de crise.

Pendant 40 ans, mises à part certaines réformes de 1967, la police des activités financières resta essentiellement ce qu'elle était, la Commission bancaire ayant développé la pratique des protocoles dûment négociés avec le secteur. Mais à partir de 1975, alors que l'Etat se finançait essentiellement jusque là auprès des banques belges, un nouveau choix crucial advint. D'un côté les organismes de la régulation (la Commission bancaire et le nouvel Office de contrôle des assurances qui fusionneront en 2002) seraient renforcés quant à leurs pouvoirs. Mais de l'autre, les établissements financiers seraient progressivement habilités à de nouveau pouvoir cumuler plusieurs métiers différents. Ce mouvement est également imprimé à la vénérable Caisse générale d'épargne et de retraite puis à toutes les institutions publiques de crédit. L'Etat va également de plus en plus se tourner vers les marchés pour financer une dette en croissance exponentielle.

Vint ensuite rapidement la suppression du contrôle des changes et la liberté totale de circulation des capitaux. Cependant, le droit financier s'étoffa largement après l'épisode plus que symbolique de l'OPA sur la Société Générale en 1988, pour devenir une longue litanie de textes sur l'organisation des marchés et des intermédiaires, ce qui résulte le plus souvent de la transposition de directives européennes. Le cumul autorisé gagne la banque et l'assurance. De 1993 à 2001 essentiellement, toutes les institutions publiques de crédit sont de surcroît privatisées. Le plus frappant est, comme l'a relevé le professeur Léon Dabin, la constance avec laquelle des motifs absolument semblables sont invoqués depuis l'entre-deux-guerres pour justifier telle ou telle réforme des polices administratives de la finance. On peut dire la même chose de la constitution initiale comme de la privatisation des banques publiques.

L'ensemble réglementaire avait beau être impeccable sur le papier, l'impensable advint pourtant. J'analyse en profondeur toutes les questions de droit public économique nées lors du sauvetage du groupe Fortis. Toutefois, comme l'actualité immédiate nous offre le cas Dexia, j'aimerais en profiter pour couper le cou à un canard. Pas plus que Fortis, Dexia n'a été « nationalisée » en 2008 ou en 2011. Les termes ont un sens juridique. Il n'y a pas de transfert forcé de propriété par voie d'autorité, et donc ni expropriation ni nationalisation, lorsque l'arrêté royal du 10 octobre 2011 (paru au Moniteur du 12) confie à la SFPI la mission déléguée d'acquérir des actions de Dexia Banque Belgique, je cite, « *dans le cadre d'une négociation avec Dexia* ».

« Plus jamais ça » s'était pourtant dit le législateur belge. Les lois du 2 juin 2010 vont, elles, jusqu'à permettre des

« nationalisations » ou des transferts d'autorité d'activités entre banques et assureurs mais elles n'ont pas encore été actionnées. Elles se conjuguent avec l'arrêté royal du 3 mars 2011 qui réorganise toute l'architecture du contrôle des établissements financiers.

Dans le dossier bancaire, l'interpénétration des rapports entre l'Etat et la propriété prend une coloration sans pareille. L'Etat belge, parce que la stabilisation générale l'exige, doit aussi faire appel à l'Etat propriétaire par prises de participations.

4. Ainsi, en abordant le 4^{ème} et dernier rapport du jour de l'Etat à la propriété, il apparaît qu'en certains domaines que l'on qualifierait aisément comme systémiques, l'Etat comme soutien à la propriété s'est régulièrement manifesté.

Pour ne pas reprendre l'exemple bancaire, je vous rappelle comment, dans les années 1840, la crise majeure de l'industrie linière dans les Flandres ne fut que graduellement résolue à l'aide de primes et subventions nichées dans les recoins du budget de l'Etat. Lorsque le Gouvernement déposa en 1846 le projet finalement avorté de loi l'autorisant à capitaliser une Société commerciale d'exportation, il n'hésita pas à se réclamer tant de la Handelsmaatschappij (une autre création du pourtant honni Guillaume d'Orange) que de la plus ancienne encore Compagnie d'Ostende favorisée en 1722 par l'empereur Charles VI d'Autriche (soit une « compagnie à charte » d'Ancien régime).

Plus près de nous, malgré le nombre élevé d'institutions décisionnelles et consultatives et le recours intensif à bien des procédés informels dont le pays se dota durant les Trente Glorieuses, il devint évident, au cours des années 1970, aux yeux de quasi tous les politiques et des partenaires sociaux que seul un Etat rentrant dans le capital des sociétés sidérurgiques et charbonnières permettrait, croyait-on, de sauver les meubles. C'est ce à quoi s'attelèrent, entre autres, les grandes lois d'expansion ou de réorientation économique de 1976 et 1978. Outre que le calcul coûta fort cher aux finances publiques, le dossier dit des « secteurs nationaux » empoisonnera la mise en œuvre de la régionalisation de la politique économique. Le drame de la fermeture de la phase à chaud du bassin liégeois d'Arcelor-Mittal montre aujourd'hui le poids d'une globalisation économique qui se retourne contre un pays qui y apporta sa large contribution.

Hormis les secteurs jugés « systémiques », l'Etat a également rapidement, même si cela fut par vagues et parfois avec des éclipses, favorisé soit l'installation de nouvelles industries, soit le développement d'activités à faire pros-

pérer. C'est très simple, le Gouvernement provisoire déjà consacra 1 million de francs en 1830 au soutien visant à « exciter l'industrie » pour reprendre les termes d'alors de Natalis Briavoinne. Il faudra toutefois attendre 1959 pour que soient adoptés les grands textes qui organiseront l'un de façon structurelle l'expansion économique et l'autre qui préfigurera la politique de territorialisation de certaines aides publiques.

La loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 organise à maintes reprises le partage des compétences sur les aides économiques, alors même que la Commission européenne commence à s'intéresser par des textes généraux aux flux publics destinés aux entreprises manufacturières. Un nouvel engrenage s'enclenche qui voit la Cour de justice CE décider en 1984 que les prises de participation en capital relèvent du contrôle des aides d'Etat. Par un mouvement totalisant d'accélération, il sera établi aussi que le droit européen des aides d'Etat s'appliquerait aux relations financières entre les Etats et les entreprises, publiques ou privées, chargées d'un service d'intérêt économique général. Ceci concerne désormais bien des politiques sociales également; le nouveau paquet de règles de la Commission, publié ce 30 septembre, est en cours de consultation.

Ainsi, tout spécialement à partir de 1980, s'est installée l'ère contemporaine du droit public économique. L'Etat garde sur le papier sa fonction première de définition du régime de propriété, mais les entorses européennes sont nombreuses. L'Etat peut rester propriétaire mais le nombre de contraintes juridiques y afférentes est devenu considérable. L'Etat régule encore bien des pans de la vie économique, compétence qu'il partage avec l'Union européenne, laquelle développe par ailleurs une police de ce qu'il y a de plus souverain dans l'action économique publique: le budget. L'Etat soutien à la propriété est également sous étroite surveillance; la Commission voulait en 2008 limiter la présence de capitaux publics dans les banques au temps nécessaire au redressement mais elle ne peut qu'annoncer la prorogation et l'amplification à nouveau en cet automne 2011. Quant à l'Etat redistributeur, il ne pourra plus agir dans les années à venir que dans le cadre étroit du « six pack » cet ensemble de directives et règlements qui renforcent la discipline budgétaire (l'accord entre Parlement, Commission et Conseil européens date de ce 28 septembre). Cet Etat redistributeur qui est au cœur de la sixième réforme de l'Etat présentée ce 12 octobre.

Il faut ainsi en terminer pour l'heure sur le constat de la tension majeure qui existe, au sein du système juridique global applicable en Belgique, entre la proclamation récente de droits fondamentaux économiques et sociaux

dans la Constitution, d'une part, et le carcan pesant sur un droit soumis à la statistique, d'autre part.

Le droit public économique se révèle par l'étude de cycles longs, souvent après coup, mais il est également mis quotidiennement à jour. Sa contingence historique

est avérée. Ceci permet de dégager, non pas à partir de théories générales préconçues mais à partir du droit public économique tel qu'issu avant tout de la pratique politique, ce que le droit public économique peut offrir au quotidien cette fois comme branche de l'analyse juridique.