

# BDA

## Le paraétatisme

Nouveaux regards sur  
la décentralisation fonctionnelle en Belgique  
et dans les institutions européennes

Coordination scientifique

**Pierre JADOUL**

**Bruno LOMBAERT**

**François TULKENS**

 la charte

  
BIBLIOTHEQUE DE  
DROIT ADMINISTRATIF

**INTRODUCTION À LA DÉCENTRALISATION  
ADMINISTRATIVE :  
ÉVOLUTIONS THÉORIQUES ET PRATIQUES  
POLITIQUES**

**PIERRE-OLIVIER DE BROUX,**

Avocat au barreau de Bruxelles et Historien,

Assistant chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Saint-Louis

1. Un bref rappel des principales notions utilisées au cours de la présente étude s'imposait pour introduire les contributions approfondies qui sont réunies ci-après. Réalisée de manière assez impromptue, cette introduction se borne par conséquent à réunir les différentes définitions proposées par les principaux auteurs de droit administratif belge, tout en illustrant celles-ci par le travail très fouillé de Vincent PIRLOT sur l'histoire de la décentralisation administrative en Belgique<sup>1</sup>. L'objectif est donc, au départ, principalement pédagogique : offrir – en quelques pages – au lecteur des outils lui permettant de lire utilement le présent ouvrage.

A l'instar de nombreux aspects du droit administratif belge, il y a un avant et un après 1945 dans l'évolution de la théorie de la décentralisation administrative. Cette date charnière, qui distingue les deux chapitres de cette introduction, est moins liée à la création du Conseil d'Etat qu'à l'incontournable thèse d'André BUTTGEBACH. Sa « *théorie générale de la centralisation, de la décentralisation et de la tutelle administrative* », qui n'en constitue qu'un chapitre, est aujourd'hui encore une des plus abouties, et sert de fondement à toutes les doctrines qui lui ont succédé. Il est en effet le premier à donner une réelle assise juridique à la notion de décentralisation, en cherchant à théoriser le développement particulièrement désordonné des organismes paraétatiques durant l'entre-deux-guerres.

Les formes récentes ou renouvelées de personnes morales de droit public, telles les associations sous forme privée de personnes publiques, les sociétés à capital public ou les autorités administratives indépendantes, incitent cependant à remettre sur le métier, en conclusion de cette introduction, la théorie classique de la décentralisation administrative par service.

## CHAPITRE I. LA DÉCENTRALISATION À TÂTONS

2. Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, la décentralisation n'est jamais théorisée. Le phénomène paraétatique existe, mais se confond d'abord avec la notion d'*établissement public* (§ 1). Durant l'entre-deux-guerres, l'avènement de l'Etat providence entraîne la création anarchique d'un nombre considérable d'institutions paraétatiques. La doctrine administrative reste cependant étonnamment muette sur cette évolution, et si les termes de déconcentration et de décentralisation apparaissent, ils n'ont pas encore la signification qu'on leur donne aujourd'hui (§ 2).

<sup>1</sup> V. PIRLOT, « Décentralisation administrative et gestion des services publics en Belgique de l'indépendance à nos jours (1830-2006) », dans J.M. YANTE, P.A. TALLIER (dir.), *Guide des organismes d'intérêt public en Belgique*, Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2008, t. 1, pp. 41-316 (Guides 70).

### § 1. Le règne des établissements publics (1830-1918)

3. Au dix-neuvième siècle, l'existence « *d'organismes primitifs* » est considérée comme nécessaire pour le « *fonctionnement de la vie sociale, dans notre état de civilisation* ». Ces organismes sont les « *établissements publics* », qui comprennent, dans un sens large, l'Etat, la province ou la commune<sup>2</sup>. Dès le début de ce siècle, les gouvernants se sont en outre rendu compte que certaines activités exercées par les administrations centrales ou locales seraient gérées « *plus avantageusement* » si elles étaient organisées séparément, avec un patrimoine et des revenus propres<sup>3</sup>. C'est ainsi qu'est née l'idée de décentralisation : par la création de nouveaux établissements publics. L'idée reste néanmoins très floue et n'apparaît qu'exceptionnellement dans la doctrine.

Renvoyant à la doctrine française, Paul ERRERA fait par exemple référence, en 1909, à un « *double système de déconcentration et de décentralisation* », la première consistant « *à ériger en établissements publics des services spéciaux* », et la seconde « *à laisser le plus d'autonomie possible aux autorités locales* »<sup>4</sup>. On est encore loin de la théorie classique développée ci-après.

4. La notion dite « *technique* » d'*établissement public* est par contre fréquemment théorisée, prenant dès lors un sens plus restreint. Elle est synthétisée comme suit dans les *Pandectes belges* en 1891 : il s'agit des « *institutions distinctes de l'administration générale ou locale, créées par la loi, chargées par elle d'un service considéré comme nécessaire au fonctionnement de la société et, afin de pouvoir accomplir la mission spéciale qui leur est attribuée, investies du droit d'acquiescer, de posséder* ». Ces organismes ne sont pas dépositaires de la puissance publique de l'Etat : « *ils ne constituent pas des pouvoirs* ». Ils disposent par contre toujours de la personnalité juridique, dite *morale* ou *civile*<sup>5</sup>. L'élément de la définition qui semble primordial à l'époque est la création par la loi. C'est elle qui détermine, au cas par cas ou par catégorie, le régime juridique auquel elle soumet les institutions qu'elle crée.

Au 19<sup>e</sup> siècle, les principales institutions considérées comme des établissements publics sont les bureaux de bienfaisance (ancêtres des CPAS), les hospices (ancêtres des hôpitaux), les fabriques d'église et les établissements d'instruction publique créés par l'Etat, les provinces ou les communes<sup>6</sup>. Ces institutions sont surtout

<sup>2</sup> *Pandectes belges*, v<sup>o</sup> *Etablissement public (organisation)*, Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1891, col. 216, n<sup>o</sup> 1.

<sup>3</sup> C. DE BROUCKÈRE, F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. VII, Bruxelles, Weissenbruch Père, 1846, v<sup>o</sup> *Etablissements publics et privés*, p. 140.

<sup>4</sup> P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard & Brière, 1909, p. 317.

<sup>5</sup> *Pandectes belges*, *loc.cit.*, col. 217, n<sup>o</sup> 6 et 11 ; voy. aussi A. GIRON, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, 1895, t. 1, pp. 405-431, v<sup>o</sup> *Etablissements publics*.

<sup>6</sup> Voy. la liste des établissements publics donnée dans les *Pandectes belges*, *loc.cit.*, col. 224, n<sup>o</sup> 36 à 69.

chargées de services décentralisés par les pouvoirs locaux. Elles constituent chacune une catégorie *sui generis* d'établissements publics. La notion chapeaute ainsi des catégories très diverses d'institutions locales créées par la loi, et est même étendue par certains auteurs aux fondations privées d'intérêt général<sup>7</sup>.

5. Fortement ancrée dans la doctrine, la notion d'établissement public ne s'applique pourtant qu'exceptionnellement aux institutions créées au niveau du pouvoir central. Ces institutions sont beaucoup moins nombreuses, et prennent le plus souvent la forme d'une « *société nationale* », c'est-à-dire d'une société anonyme soumise aux règles du droit commun. « *C'est le cas du Crédit communal de Belgique (créé en 1860), de la Société nationale des chemins de fer vicinaux (1885) ou de la Société nationale des distributions d'eau (1913)* »<sup>8</sup>. Sous des formes plus hétéroclites, il faut citer la *Caisse générale d'épargne et de retraite* (1865), la *Caisse de prévoyance et de secours en faveur des victimes des accidents du travail* (1890) ou les ports de Bruges et de Bruxelles (1895).

Pour ces divers organismes, il semble que le législateur n'ait pas souhaité créer une nouvelle catégorie d'établissement public, à laquelle il aurait dû octroyer explicitement une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat. A l'époque, l'hostilité à la personnalité juridique était grande : le législateur craignait particulièrement la *mainmorte*, qui désignait le droit sur les biens possédés par les congrégations religieuses ou les hôpitaux, notamment. Ces institutions ayant une existence illimitée, leurs biens échappaient notamment aux droits de succession<sup>9</sup>. L'octroi de la personnalité juridique à une institution, ou à une catégorie d'institutions, est dès lors considéré comme une véritable « *faveur* »<sup>10</sup>.

Il ne suffisait donc pas de conférer la qualité d'*établissement public* à une nouvelle institution pour qu'elle obtienne la personnalité. La notion semble ainsi davantage pédagogique que juridique : elle n'est créatrice d'aucun droit ou obligation.

La société anonyme, catégorie existant depuis l'adoption du Code de commerce en 1809, permettait par contre utilement d'associer l'Etat, les provinces et/ou les communes, de bénéficier de la personnalité juridique et de déroger aux règles budgétaires, notamment en autorisant l'emprunt et l'amortissement de celui-ci. Même si la forme choisie par ces rares institutions ne correspond pas à leur caractère public, celles-ci s'inscrivent néanmoins dans la philosophie qui guide l'Etat libéral, centré sur ses activités régaliennes. Ces institutions permettent notamment « *de*

<sup>7</sup> C. DE BROUCKÈRE, F. TIELEMANS, *op.cit.*, p. 137, réunissent ainsi les établissements publics et privés au sein d'une catégorie, les *établissements*, que sont « *toutes les institutions qui sont sorties de la main des hommes pour satisfaire à leurs besoins individuels ou collectifs* ».

<sup>8</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 58.

<sup>9</sup> Voy. H. VELGIE, *Associations et fondations en Belgique. Histoire et théories*, Bruxelles, Bruylant, 1942, pp. 35 et 42.

<sup>10</sup> Voy. notamment l'exposé des motifs de la loi du 24 mai 1888 portant réglementation de la situation du banc d'épreuve des armes à feu établi à Liège, *Pasinomie*, 4<sup>e</sup> série, t. 23, 1888, p. 168, cité par V. PIRLOT, *op.cit.*, p.55.

*se protéger contre les désordres internes (la CGER aurait ainsi les mêmes vertus que dix gendarmes) ». Surtout, « loin de freiner les initiatives privées, il s'agit de leur offrir un marchepied, de créer le cadre le plus propice à leur extension et à l'accumulation du capital »<sup>11</sup>.*

## § 2. Les parastataux, contrepoids de l'étatisme et de la bureaucratie (1919-1944)

6. La fin de la Première Guerre mondiale va également marquer la fin des craintes du législateur à l'égard de la personnalité juridique. Il envisage désormais cet attribut comme un élément de technique juridique naturel et indispensable tant pour les établissements privés que pour ses propres services.

Cela se traduit notamment dans deux réformes d'ampleur pour l'époque. La première reconnaît aux pouvoirs locaux, par une modification de la Constitution en août 1921, le droit de s'associer entre eux et/ou avec le privé pour gérer des objets d'intérêt local. C'est la naissance officielle des intercommunales, constituées sous la forme de sociétés commerciales<sup>12</sup>. La seconde est l'adoption de la loi du 27 juin 1921 relative aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique, qui bénéficient désormais de la personnalité juridique<sup>13</sup>.

Cette loi du 27 juin 1921 est l'occasion d'une évolution de la théorie des établissements publics : ils sont désormais opposés aux établissements « *d'utilité publique* ». Les premiers, chargés d'une œuvre d'intérêt général, « *sont des organismes politiques créés par l'Etat et qui, tout en jouissant d'une existence juridique distincte, font partie intégrante de l'administration d'un pays* ». Les seconds « *sont des organismes dont la création est due à l'initiative de particuliers, mais sous l'approbation de l'Etat. Ils existent en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général, mais ne sont pas rattachés à l'administration d'un pays* »<sup>14</sup>. La séparation du secteur public et du secteur privé est ainsi plus explicite dans la doctrine.

7. Mais, à l'instar du 19<sup>e</sup> siècle, ce n'est pas dans cette doctrine que se produisent les véritables innovations.

<sup>11</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 60, citant notamment I. CASSIERS, « Le rôle de l'Etat à l'apogée du libéralisme (1850-1886) », *Contradictions*, t. 23-24, 1980, pp. 122-143 ; G. VANTHEMSCHE, *Les paradoxes de l'Etat. L'Etat face à l'économie de marché : XIXe et XXe siècles*, Bruxelles, Labor, 1997, pp. 48-54.

<sup>12</sup> Modification de la Constitution du 24 août 1921, *M.B.*, 31 août 1921 ; loi du 1<sup>er</sup> mars 1922 relative à l'association de communes dans un but d'utilité publique, *M.B.*, 16 mars 1922.

<sup>13</sup> *M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 1921.

<sup>14</sup> M. VAUTHIER, *Précis du droit administratif de la Belgique*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1937, p. 164.

L'extension considérable du rôle de l'Etat, suite à l'avènement de l'Etat providence, entraîne en parallèle la « *prolifération cancéreuse d'organismes sous des formes qui tendent à se détacher du droit privé* », pour reprendre l'expression de Jean SAROT<sup>15</sup>. Ce phénomène est parfois qualifié de « *déconcentration* », poursuivant la classification de ERRERA. « *Lorsqu'on examine le texte des divers statuts que le Parlement a donné aux organisations parastatales, on ne peut manquer d'être frappé par l'extrême variété de ces derniers. Il semble que, chaque fois qu'il a fallu en rédiger un, son rédacteur se soit fort peu préoccupé de le modeler sur ce qui existait déjà. Le mal serait peu grave, s'il ne s'agissait que de changement de rédaction ; mais les différences portent sur les éléments essentiels des organisations : les organes de l'administration, la représentation de l'Etat en leur sein, le contrôle des deniers publics dont ces organismes disposent* »<sup>16</sup>.

Selon Vincent PIRLOT, pas moins de 74 organismes paraétatiques sont institués au cours de cette période, suivant un nombre presque équivalent de statuts. En outre, alors que la création de tels organismes est réservée au législateur, selon la doctrine consacrée à l'établissement public, trente-trois d'entre eux sont institués par un arrêté royal de pouvoirs spéciaux<sup>17</sup>. La pratique a incontestablement dépassé la théorie, comme le soulignera BUTTGEBACH : « *l'opinion juridique ignore généralement que le nombre de services publics décentralisés est, dans un petit pays comme le nôtre, particulièrement impressionnant et dépasse tout ce qu'en laissent apercevoir nos quelques rares précis ou manuels élémentaires de droit administratif* »<sup>18</sup>. La singulière propagation de ces institutions n'apparaît en effet nulle part dans la doctrine administrative antérieure à la Seconde Guerre mondiale.

8. Cette multiplication d'organismes publics ne s'explique cependant pas que mathématiquement ; elle n'est pas seulement proportionnée à l'accroissement des missions dévolues à l'Etat. Elle ne se comprend pas uniquement au travers du contexte politique ou économique. Certes, la participation au pouvoir du Parti

<sup>15</sup> J. SAROT, *Organismes d'intérêt public*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1980, p. 18.

<sup>16</sup> A. HENRY, *Administration et fonctionnaires. Essai de doctrine administrative*, Bruxelles, Robert Stoops, 1944, pp. 162-163. Le rapport du Centre d'études pour la réforme de l'Etat (Bruxelles, 1937, p. 336) évoque également la classification de Errera : la *déconcentration* « *implique qu'un pouvoir de décision plus large est accordé aux agents provinciaux de l'Administration centrale* », tandis que la *décentralisation* « *suppose un élargissement de la compétence des pouvoirs locaux* ».

<sup>17</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 63. Voy., pp. 61-124, l'inventaire de ces institutions, ainsi que le contexte historique de leur création, qui commence avec l'Œuvre nationale de l'enfance (ONE) en 1919 et s'achève avec l'Ordre des médecins en 1938, en passant notamment par la Régie des télégraphes et des téléphones (RTT), l'Institut national de radiodiffusion (INR), la Société anonyme belge d'exploitation de la navigation aérienne (SABENA), la Société nationale des chemins de fer belges (SNCB), la Caisse nationale des pensions pour employés (CNPE), l'Office national pour l'achèvement de la jonction Nord-Midi, l'Office central du crédit hypothécaire (OCCH), la Commission bancaire ou l'Office national du placement et du chômage (ONPC).

<sup>18</sup> A. BUTTGEBACH, *Les modes de gestion des services publics en Belgique. Essai sur la déconcentration et la décentralisation administratives considérées comme procédés techniques de la gestion des services publics*, Bruxelles, Larcier, 1942, p. 94.

ouvrier belge a permis de renforcer l'interventionnisme public et, par conséquent, les institutions paraétatiques qui en étaient chargées. Certes, la forte croissance économique des années 1920, et la forte crise économique des années 1930, ont toutes deux eu pour conséquence directe la création de nouveaux organismes (pour redistribuer les « fruits de la croissance », dans le premier cas, et pour participer au redressement économique et social, dans le second)<sup>19</sup>. D'autres motifs ponctuels, parfois juridiques, ont également été invoqués, tels l'évolution de la notion de service public ou l'échec relatif de la concession de service public<sup>20</sup>.

Mais ces raisons ne suffisent pas à expliquer le choix d'institutions plus ou moins décentralisées et autonomes. Ce choix est pourtant lucide.

Il s'explique principalement, selon Vincent PIRLOT, par une volonté de faire « *une sorte de diversion* » : le recours aux organismes paraétatiques « *a atténué l'impact idéologique du fait que certaines activités deviennent des services publics. Si les interventions de l'État et de l'administration centrale ont mauvaise presse, ce n'est pas le cas des parastataux, qui bénéficient d'un certain crédit dans l'opinion publique et les classes dirigeantes ; ils échappent à l'image bureaucratique de l'administration centrale. ( ... ) De telles institutions sont perçues comme synonymes de liberté, une garantie contre l'action envahissante de l'État, contre l'étatisme* »<sup>21</sup>. Comme le rappelle Diane DÉOM en 1990, « *l'institution parastatale n'a longtemps été considérée, dans l'opinion commune et même dans la jurisprudence, que comme une sorte d'étrange variante des personnes morales de droit privé* », à l'égard desquelles « l'opinion » était plus favorable<sup>22</sup>.

La recherche globale de consensus social, par la concertation organisée, est également une caractéristique politique de l'époque. La création d'un organisme paraétatique, au sein duquel de nombreux groupes d'intérêts privés peuvent être représentés, constitue également une réponse à cette préoccupation, « *par opposition aux administrations 'classiques' perçues comme unilatérales, impératives, contraignantes et secrètes* »<sup>23</sup>. « *L'impératif de collaboration entre institutions publiques et privées dans des buts particuliers, a ainsi été l'un des moteurs du recours aux formes de la décentralisation fonctionnelle* »<sup>24</sup>.

Enfin, l'institution d'un tel organisme peut encore répondre, assez paradoxalement, « *à une volonté de centralisation administrative et d'accroissement de l'interventionnisme de l'État* ». Cela concerne plus spécifiquement les activités auparavant prises en charge par les pouvoirs locaux ou même par des acteurs privés, qui sont

<sup>19</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 114-124.

<sup>20</sup> Voy. notamment M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, t. 1, p. 289.

<sup>21</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 133, et les références citées.

<sup>22</sup> D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 26.

<sup>23</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 137-143.

<sup>24</sup> D. DÉOM, *op.cit.*, p. 21.

rapatriées au sein du pouvoir central au moyen d'un parastatal. L'exemple le plus spectaculaire à cet égard est celui de l'organisation de l'assurance-chômage, qui reposait à l'origine sur les syndicats et sur les communes, et qui a été « centralisé » lors de la création de l'Office national de placement et du chômage en 1935<sup>25</sup>.

\* \*

\*

9. Le premier siècle de l'Etat belge présente donc deux grandes caractéristiques, du point de vue de la théorie de la décentralisation administrative.

D'une part, la doctrine administrative se soucie essentiellement de la notion d'« *établissement public* », qui ne semble pourtant pas par elle-même disposer d'un régime juridique propre. La notion s'affine progressivement et s'inscrit résolument dans le secteur public après l'adoption de la loi du 27 juin 1921. Elle désigne principalement les institutions socio-culturelles mises en place par les pouvoirs publics au 19<sup>e</sup> siècle, un peu à contretemps du rôle libéral traditionnellement accolé à l'Etat-gendarme de l'époque. Il est vrai que ce n'est pas l'Etat, mais surtout les pouvoirs locaux qui interviennent.

D'autre part, la création d'organismes au niveau du pouvoir central de l'Etat est une réalité qui se déroule, semble-t-il, à l'insu de la doctrine administrative. Et cette réalité est, pour sa part, beaucoup plus conforme à la distinction classique entre l'Etat libéral et l'Etat providence, le second ayant favorisé la création d'un nombre nettement plus considérable d'institutions paraétatiques. Celles-ci ont même servi d'habile camouflage à la croissance continue et à la centralisation des missions étatiques.

## CHAPITRE II. LA THÉORIE CLASSIQUE ET SON ÉVOLUTION

10. C'est en 1942 que naît, sous la plume d'André BUTTGENBACH, l'analyse fouillée de la décentralisation en tant que mode de gestion des services publics. Cette théorie, désormais classique, est la première en Belgique qui systématise les modes d'organisation de l'administration. Dans le cadre du présent ouvrage, elle permet de cerner plus exactement l'objet de la décentralisation fonctionnelle, ou « par service », aujourd'hui. L'ensemble de la doctrine ultérieure propose en effet des définitions presque identiques à celles de BUTTGENBACH (§ 1).

<sup>25</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 143-148.

André BUTTGENBACH dresse, à la suite de cette théorie, le catalogue des « *organismes publics personnalisés* ». Cette liste, catégorisant des institutions déjà fort hétéroclites, s'est encore substantiellement diversifiée au cours des décennies, enrichissant le droit administratif de formes toujours renouvelées d'organismes paraétatiques. Sans porter préjudice aux nombreuses contributions de cet ouvrage, les principaux traits de cette évolution sont brièvement décrits, en mettant l'accent sur les pratiques politiques qui en sont à l'origine (§ 2).

Etonnamment, aucun auteur ne remet pourtant en cause la théorie classique de la décentralisation. Ou, plus exactement, presque aucun auteur ne met en question l'inscription de ces nouveaux organismes publics au sein des formes de la décentralisation fonctionnelle : cela semble une évidence qui ne prête pas à discussion. Il semble néanmoins que ce postulat ne soit plus suffisant, et que l'évolution des organismes paraétatiques impose de remettre en question les critères de classification au sein de la décentralisation fonctionnelle (§ 3).

### § 1. La décentralisation comme mode de gestion des services publics

11. La théorie générale de BUTTGENBACH se fonde sur une analyse approfondie des organismes publics créés en Belgique durant l'entre-deux-guerres. Elle tente, non sans mal, de distinguer, au sein de cet amas de statuts et d'institutions, des règles générales de gestion des « *services publics* » – toute activité publique était à l'époque considérée comme un service public<sup>26</sup> –. Soit le service public est *organique*, soit il est *fonctionnel*. Dans le premier cas, il est géré par un organisme public ; dans le second cas, il est aux mains d'un organisme privé. Nous avons démontré ailleurs combien cette distinction était dépassée, le service public organique désignant aujourd'hui la « *personne morale de droit public* », tandis que la notion de service public ne devrait plus viser que l'activité érigée à ce titre par les pouvoirs publics, quel que soit l'organisme – public ou privé – qui en a la charge<sup>27</sup>.

Pour théoriser la gestion publique des services publics, BUTTGENBACH réinvente, à la suite de la doctrine française, les notions de centralisation, de décentralisation, de concentration et de déconcentration<sup>28</sup>.

12. Selon André BUTTGENBACH, la **centralisation** administrative est « *un mode d'organisation des services publics qui consiste à confier leur gestion au pouvoir*

<sup>26</sup> P.O. DE BROUX, « Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen », dans H. DEMONT *e.a.* (dir.), *Le service public. Passé, présent, avenir*, Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 22-25.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 30-35.

<sup>28</sup> Bien que quelques études belges l'aient également inspiré : J. LESPIES, « Reflexions sur la décentralisation et sur l'autonomie », *Revue de l'Administration et du Droit administratif de la Belgique*, 1939, 7<sup>e</sup> livraison, pp. 5 et s. ; J. DAMIS, *La Doctrine générale de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1939, pp. 305 et 320.

central de l'Etat »<sup>29</sup>. La **décentralisation** administrative est, par opposition, « un mode d'organisation des services publics administratifs qui consiste à doter ceux-ci de l'autonomie organique vis-à-vis du pouvoir central », autonomie qui est caractérisée par un « pouvoir de décision propre à l'organisme, opposable à l'Etat, exercé au nom de l'établissement, qui échappe au pouvoir hiérarchique et est simplement soumis aux limites résultant de la tutelle et du contrôle exercés par le pouvoir créateur »<sup>30</sup>.

BUTTGENBACH insiste sur le degré d'autonomie dont jouit l'autorité décentralisée, mais également, corrélativement, sur l'intensité du contrôle à exercer. Si ce contrôle est un contrôle de tutelle, il faut conclure à la décentralisation. Si le contrôle est hiérarchique, on va le voir, il faut conclure à la déconcentration. Le **contrôle de tutelle** est défini comme « l'ensemble des pouvoirs limités accordés par la loi à une autorité administrative sur les agents des services publics décentralisés et sur leurs actes, dans le but d'assurer la légalité de leur activité et de protéger l'intérêt général ». BUTTGENBACH précise ensuite que la tutelle constitue l'exception à la règle, qui est l'autonomie, pour les organismes décentralisés. La tutelle est donc strictement limitée par la loi : elle n'existe que dans les cas expressément et limitativement prévus par la loi organique du service décentralisé. En principe, elle n'autorise pas l'autorité de contrôle à s'immiscer dans la gestion du service décentralisé, notamment en substituant sa propre décision à celle de ce service<sup>31</sup>.

13. Le panorama des modes d'organisation administrative se poursuit par la définition de la concentration et de la déconcentration, que BUTTGENBACH cherche à distinguer de la décentralisation. La **concentration** est « un système d'organisation administrative dans lequel le pouvoir de décision ( ... ) est réservé à l'autorité centrale ( ... ) ». La **déconcentration** consiste au contraire « à donner pouvoir de décision propre aux agents locaux d'un service d'état, provincial ou communal ou d'un établissement public ». Ce procédé ne s'occupe que de « la répartition, entre les agents d'un service public déterminé, du pouvoir de décision pour la gestion des intérêts dont ce service a la garde. La déconcentration réalise donc simplement un déplacement, un transfert d'attribution entre les agents d'un même pouvoir, d'une même administration qui restent hiérarchisés »<sup>32</sup>. Elle est le plus souvent réalisée par un processus de délégation, légale ou administrative.

<sup>29</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1959, p. 99, renvoyant explicitement à la doctrine française « qui rattache la notion de centralisation au lien de dépendance hiérarchique d'un service public avec le pouvoir central de l'Etat ». Voy. aussi A. BUTTGENBACH, *Les modes de gestion...*, *op.cit.*, p. 85.

<sup>30</sup> A. BUTTGENBACH, *Les modes de gestion...*, *op.cit.*, pp. 85 et 120 ; A. BUTTGENBACH, *Manuel...*, *op.cit.*, pp. 103-104.

<sup>31</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel ...*, *op.cit.*, pp. 141-144.

<sup>32</sup> A. BUTTGENBACH, *Les modes de gestion...*, *op.cit.*, pp. 96-97 ; A. BUTTGENBACH, *Manuel ...*, *op.cit.*, pp. 105-106. C'est en vantant les mérites de la déconcentration que Buttgenbach a introduit en Belgique la formule pédagogique qui tend à devenir légendaire dans les enseignements de droit public et administratif : « s'il est vrai, comme l'a écrit M. O. BAROT, que, dans la déconcentration, « c'est toujours le même marteau qui frappe (celui du pouvoir .../...

La doctrine est restée divisée sur la question de savoir si la concentration et la déconcentration ne constituent que deux facettes de la centralisation, ou si la déconcentration constitue un premier stade d'*autonomisation* d'une activité de service public, dont la décentralisation serait l'étape suivante sur le chemin de l'autonomie. Elle est par contre unanime pour admettre qu'une institution peut être à la fois déconcentrée et décentralisée, en fonction des compétences exercées. Ainsi, le gouverneur de province ou le bourgmestre exercent à la fois des compétences déconcentrées, sous l'injonction hiérarchique du ministre de l'Intérieur en matière de sécurité, par exemple, et des compétences décentralisées, lorsqu'il s'agit des matières spécifiques à l'intérêt provincial ou communal. Les deux systèmes d'organisation administrative distingués par BUTTGENBACH ne sont donc pas hermétiques l'un à l'autre.

**14.** La théorie générale de BUTTGENBACH esquisse enfin deux formes de décentralisation : la décentralisation « territoriale » et la décentralisation « par service », dite également « fonctionnelle ». La **décentralisation territoriale** consiste « à confier à des autorités publiques régionales ou locales, autonomes vis-à-vis du pouvoir central, la gestion de l'ensemble des intérêts régionaux et locaux et à leur reconnaître le droit de créer, à cet effet, les services publics qu'elles jugent nécessaires ». La **décentralisation par service** consiste « à confier la gestion d'un intérêt public déterminé, - qui peut être général, provincial ou communal, - à un service public dont les agents sont revêtus de l'autonomie organique, vis-à-vis du pouvoir public créateur - lequel peut être l'Etat, la province ou la commune »<sup>33</sup>.

C'est cette décentralisation par service, fonctionnelle, qui fait essentiellement l'objet du présent ouvrage.

## § 2. L'évolution des « organismes publics personnalisés »<sup>34</sup>

**15.** Pour désigner les institutions qui peuvent être considérées comme étant « fonctionnellement décentralisées », la doctrine énumère traditionnellement diverses catégories de personnes morales rattachées aux pouvoirs publics. Le présent paragraphe dresse l'inventaire et l'évolution de ces catégories, telles qu'elles ont été successivement dégagées au sein du droit administratif belge,

.../...

central), seulement on en a raccourci le manche », il n'en est pas moins vrai aussi que « le marteau dont le manche est raccourci ne frappe peut-être pas moins fort, mais il frappe plus juste » (BERTHÉLÉMY, *Traité de droit adm.*, 13<sup>e</sup> éd., 1933, p. 163, en note) » (*Manuel ...*, *op.cit.*, p. 109, note 1).

<sup>33</sup> A. BUTTGENBACH, *Les modes de gestion ...*, *op.cit.*, pp. 85-86 ; A. BUTTGENBACH, *Manuel ...*, *op.cit.*, pp. 127 et 137.

<sup>34</sup> Pour reprendre l'expression de BUTTGENBACH, *Manuel ...*, *op.cit.*, p. 179.

sans être pour autant systématiquement rattachées au concept de décentralisation fonctionnelle<sup>35</sup>.

Les qualifications de *parastatal* ou *organisme paraétatique*, *pararégional* ou *paracommunautaire* sont également fréquemment utilisées dans la doctrine et dans les autres sciences humaines. A l'instar de BUTTGENBACH, il faut constater aujourd'hui encore qu'elles n'ont jamais reçu de consécration en droit positif. Elles peuvent servir à préciser quel est le pouvoir public créateur d'une personne morale de droit public dans le langage courant<sup>36</sup>, ou éventuellement l'autorité exerçant le contrôle sur l'organisme, mais n'ont donc pas de portée juridique.

### *1. La classification doctrinale initiée par BUTTGENBACH (1942)*

16. La classification des « *organismes publics personnalisés* » selon le mode juridique de leur constitution fait partie des innovations doctrinales apportées par la thèse d'André BUTTGENBACH. Il parvient ainsi à rassembler la quasi-totalité des parastataux créés dans l'entre-deux-guerres en trois catégories principales : les régies et administrations personnalisées, les établissements publics et les associations de droit public. Cette classification est rapidement adoptée par la doctrine<sup>37</sup> et par l'Institut belge des sciences administratives, très actif à l'époque auprès des pouvoirs publics.

La régie dispose d'une autonomie technique, mais reste une administration centralisée, dépourvue de personnalité juridique et donc de patrimoine propre, et dont les aléas financiers sont supportés par le pouvoir public créateur. **L'administration personnalisée**, par contre, désigne pour BUTTGENBACH la régie dotée de la personnalité juridique et d'un patrimoine propre. Elle demeure néanmoins sous l'autorité hiérarchique du pouvoir public créateur<sup>38</sup>.

**L'établissement public** – dont BUTTGENBACH souligne que la notion a connu une « *crise* », liée à son caractère trop général – est « *le service public national que*

<sup>35</sup> Les services non personnalisés (et donc non décentralisés) ne font par définition pas partie de cette énumération. Un large aperçu de ceux-ci est cependant donné dans la contribution d'Irène Mathy.

<sup>36</sup> Et encore, tel n'est même pas le cas lorsqu'un parastatal associe plusieurs pouvoirs publics entre eux, par exemple. Dans sa thèse, Buttgenbach définit néanmoins l'établissement paraétatique comme « *celui dont, dès l'origine, l'ensemble des opérations est soumis au contrôle de la Cour des comptes* ». « *Dire qu'un organisme est paraétatique, c'est donc préciser certains aspects du régime de contrôle financier par la Cour des comptes sur un service public décentralisé ; mais ce n'est pas préciser le statut général et la forme de gestion de ce service* » (A. BUTTGENBACH, *Les modes de gestion ...*, *op.cit.*, pp. 180-181). Il abandonne cette définition ultérieurement, à défaut de consécration légale (*Manuel ...*, *op.cit.*, p. 179).

<sup>37</sup> P. WIGNY, *Droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 120 et s. ; A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles-Gand, Story-Scientia, 1966, pp. 60-63 ; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, pp. 142 et s.

<sup>38</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel ...*, *op.cit.*, pp. 180-182.

*l'Etat a constitué en personne publique par le procédé de la fondation et dont les organes sont soumis au pouvoir de tutelle du Ministre dont il relève* »<sup>39</sup>. Nonobstant ces principes, les établissements publics peuvent être soumis à une très grande variété de statuts, comme en témoignent les organismes paraétatiques de l'époque – et d'aujourd'hui –. A noter que cette notion se traduit en néerlandais par *openbare instelling*, qui est également la traduction de la notion d'« organisme public ». Or l'acception de cette dernière notion est beaucoup plus large que celle de l'établissement public. L'organisme public, notion utilisée mais jamais définie dans les textes légaux, semble se confondre avec la personne morale de droit public, et dépasse en tout cas la notion d'« organisme d'intérêt public » apparue en 1954<sup>40</sup>.

La définition nouvelle donnée par BUTTGENBACH et l'Institut belge des sciences administratives à l'établissement public permet de distinguer celui-ci d'une autre catégorie de personne publique, **l'association de droit public**. Celle-ci désigne « *les organismes publics personnalisés constitués par le procédé juridique de l'association et non par celui de la fondation* ». Elle comprend non seulement les formes d'association des pouvoirs publics entre eux, mais également avec les particuliers. Dans ce second cas, BUTTGENBACH parle de « *société d'économie mixte* ». Selon lui, l'association de droit public se justifie principalement lorsque l'Etat ne peut ou ne veut pas gérer seul une activité de service public<sup>41</sup>.

La pertinence de la distinction sur ce point ne se vérifie cependant pas toujours. Une des caractéristiques des institutions de sécurité sociale nées avant et depuis la guerre est la gestion paritaire de ceux-ci par les représentants des travailleurs et des employeurs, sous la garantie de l'Etat. Ces institutions relèvent pourtant presque toutes de la catégorie des établissements publics, unilatéralement fondés par la loi, et non de celle des associations de droit public.

Cette classification fondée sur le mode de constitution des personnes publiques demeure néanmoins cardinale aujourd'hui dans la doctrine et dans les enseignements de droit administratif<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Définition de l'Institut belge des sciences administratives citée par A. BUTTGENBACH, *Manuel* ... , *op.cit.*, p. 192.

<sup>40</sup> Voy. par exemple, en droit fiscal, l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> de l'arrêté royal du 26 mai 1994 relatif à la perception et à la bonification du précompte mobilier conformément au chapitre 1<sup>er</sup> de la loi du 6 août 1993 relative aux opérations sur certaines valeurs mobilières, *M.B.*, 3 juin 1994, qui renvoie aux organismes d'intérêt public (*instellingen van openbaar nut*) et aux organismes publics (*openbare instellingen*), dans l'intention manifeste de ratisser le plus large possible.

<sup>41</sup> A. BUTTGENBACH, *Manuel* ... , *op.cit.*, pp. 208-209.

<sup>42</sup> M. HERBIET, A.L. DURVIAUX, *Droit public économique*, Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 140 et s. ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 18<sup>e</sup> éd., Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2009, pp. 123-127 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 207 et s.

## 11. Le contrôle des organismes d'intérêt public (1954) et des organismes administratifs publics (2003)

17. Il n'y eut pas que BUTTGEBACH pour se soucier de l'uniformisation des modes de gestion et de contrôle des organismes publics. Dans un mouvement tout à fait contraire à celui de l'entre-deux-guerres, une certaine « *parastatophobie* » prend forme après 1945. Elle dénonce une féodalité administrative tendant « à transformer la souveraineté de l'Etat en une fragile suzeraineté sur des services décentralisés » ; elle conteste « l'action d'une force centrifuge qui menace de morceler les finances publiques en une multitude de fiefs de moins en moins accessibles »<sup>43</sup>. Mais, plus que dans l'opinion, c'est surtout dans les sphères administratives et politiques que cette situation anarchique est décriée<sup>44</sup>.

Après un long parcours politique et administratif, l'adoption de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public<sup>45</sup> constitue une première réponse à ce mouvement de contestation. Cette loi crée – sans la définir – la nouvelle catégorie juridique des **organismes d'intérêt public**. L'appartenance à cette catégorie résulte de l'énumération expresse dans la loi ou du renvoi à celle-ci dans une autre loi, pour éviter toute classification théorique prêtant à controverses<sup>46</sup>. Il n'empêche, comme le rappelle Irène MATHY dans sa contribution au présent ouvrage (n° 32), la prétention d'origine de cette loi à préfigurer un cadre général pour l'ensemble des organismes parastataux ne s'est jamais réalisée. Les différents législateurs ont sans cesse tenté de soustraire à l'énumération de la loi les organismes qu'ils créaient ou auxquels ils s'associaient.

Ces tentatives d'échapper au contrôle organisé par la loi de 1954 sont cependant contrebalancées par les efforts budgétaires auxquels sont contraints les pouvoirs publics, en particulier dans les années 1970 et 1980. Nombre d'organismes, échappant à la loi de 1954 ou aux formes de contrôle les plus strictes de celle-ci, sont rattrapés par des réformes diverses, au point que Vincent PIRLOT considère les difficultés budgétaires de l'époque comme les arbitres entre l'autonomie et le

<sup>43</sup> Exposé des motifs de la loi du 28 juin 1963 modifiant et complétant les lois sur la comptabilité de l'Etat, *Doc.parl.*, Sénat, sess. 1958-1959, n° 160, 12 mai 1959, p. 2, cité par V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 272 ; rapport sur le projet de loi contenant le règlement définitif du budget de l'exercice 1959 et des budgets d'organismes d'intérêt public, *Doc.parl.*, Sénat, sess. 1962-1963, n° 91, cité par Ph. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1996, p. 73.

<sup>44</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 272-282, et les nombreuses références citées.

<sup>45</sup> *M.B.*, 24 mars 1954.

<sup>46</sup> Le Premier ministre Van Houtte déclare à la tribune, lors de la discussion de la loi : « *On est (...) fort embarrassé lorsqu'on veut établir la liste des organismes parastataux. Vous entendiez dire tout à l'heure qu'il y en a cinquante ; d'autres ont avancé le chiffre de cent, de deux cents. En vérité, le chemin entre l'administration publique proprement dite, d'une part, et l'organisme privé pur et simple, d'autre part, comporte une quantité infinie d'étapes* » (*Ann.parl.*, Sénat, sess. 1953-1954, 20 janvier 1954, p. 526, cité par V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 283). Il anticipe ainsi la thèse du continuum entre la personne publique et la personne privée défendue par F. VANDENDRIESSCHIE, *Publieke en Private Rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004 (voy. *infra*).

contrôle des organismes paraétatiques<sup>47</sup>. Les années 1980 sont ainsi témoins d'un changement fondamental de l'expansion jusqu'alors continue de l'État, qui se transforme en une politique de limitation des effectifs et d'économies à tout prix<sup>48</sup>. Ce « *profil plus discret sur le plan de la gestion directe* » n'est cependant pas allé de pair avec un désengagement général de l'État en matière économique, au contraire<sup>49</sup>.

18. Comme l'évoque Irène MATHY dans sa contribution (n° 40), la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral<sup>50</sup> pourrait sonner le glas de la loi de 1954, à laquelle elle se substitue partiellement.

Cette loi prévoit en effet un nouveau régime budgétaire et comptable pour les **organismes administratifs publics**, notion inconnue jusqu'alors, qui désigne les « *organismes d'administration publique dotés de la personnalité juridique* », à l'exclusion des institutions publiques de sécurité sociale. D'après les travaux parlementaires, cette notion vise plus précisément la « *nature administrative intrinsèque des organismes, indépendamment des formes juridiques empruntées* » - en ce compris une forme commerciale -, et par conséquent les organismes « *constitués dans le but prioritaire de rencontrer des besoins d'intérêt général, en dehors de toute considération commerciale, ce qui les situe au sein du secteur non marchand* ». « *Les entités publiques qui ne sont pas chargées principalement d'un service public, mais d'une activité à caractère économique (marchand), les 'entreprises publiques', sont exclues de cette catégorie, qu'elles disposent ou non de la personnalité juridique* »<sup>51</sup>. L'article 85 de la loi distingue encore les

<sup>47</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 198-210, s'appuyant notamment sur l'article 32 de la loi du 23 décembre 1974 relative aux propositions budgétaires 1974-1975, *M.B.*, 31 décembre 1974 ; l'article 157 de la loi du 5 janvier 1976 relative aux propositions budgétaires 1975-1976, *M.B.*, 6 janvier 1976 ; l'article 182 de la loi du 22 décembre 1977 ; les articles 182 à 184 de la loi du 22 décembre 1977 relative aux propositions budgétaires 1977-1978, *M.B.*, 24 décembre 1977 ; les articles 84 à 86 de la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires, à peine appliqués ; les articles 242 et 243 de la loi du 8 août 1980 relative aux propositions budgétaires 1979-1980, *M.B.*, 15 août 1980, prorogés à trois reprises, et considérés comme une véritable « *agression* », un impôt sur les entreprises publiques et non une mesure de restriction budgétaire ; l'article 28 de la loi de redressement économique du 31 juillet 1984, *M.B.*, 10 août 1984 ; l'article 91 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1985 portant des mesures fiscales et autres, *M.B.*, 6 août 1985 ; etc.

<sup>48</sup> A. FRANÇOIS, A. MOLITOR, « L'administration belge de 1970 à ce jour », *A.P.T.* 1987, p. 110.

<sup>49</sup> D. NUCHELMANS, « Grandes tendances de l'histoire des entreprises publiques (1980-1990) », dans *Histoire des finances publiques en Belgique*, t. 5, *La période 1980-1990*, Gand, 1993, p. 446.

<sup>50</sup> *M.B.*, 3 juillet 2003, spéc. art. 2 et 85 et s.

<sup>51</sup> Exposé des motifs du projet de loi portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral, *Doc.parl.*, Ch.repr., sess. 2001-2002, n° 1870/001, p. 57 (n° 114) et p. 119 (n° 256). Voy., pour la définition juridique européenne des secteurs marchands et non marchands, à laquelle il conviendrait de se référer (B. LOMBAERT, P.O. DE BROUX, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé », dans B. LOMBAERT (dir.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 343), le *Système européen de comptes 1995 (SEC95)* annexé au Règlement 2223/96 du Conseil du 25 juin 1996, *J.O.*, 30 novembre 1996, L. 310.

*organismes à gestion ministérielle*, soumis directement à l'autorité du ministre, et les *organismes à gestion autonome*, sans préjudice des pouvoirs de tutelle et de contrôle du ministre.

La principale innovation de la loi du 22 mai 2003 est la distinction entre les organismes publics marchands et non marchands – et, par ailleurs, l'opposition très critiquable entre le service public et l'activité économique des pouvoirs publics, l'un n'excluant pas l'autre à notre estime –. La loi permet ainsi d'accroître le contrôle budgétaire et comptable des personnes publiques non marchandes, singulièrement sur les A.S.B.L. administratives<sup>52</sup>.

### III. Les entreprises à capital public (1962)

19. Les récessions et crises économiques des années 1950 (assainissement du marché du charbon et grève générale de l'hiver 1960-1961) et 1970 (crises pétrolières) ont conduit les pouvoirs publics à mettre en œuvre de nouvelles formes d'intervention dans l'économie, inspirées des théories économiques du britannique John Maynard Keynes. Elles marquent le début de la programmation et de la planification économiques, et conduisent l'Etat à se doter de nouveaux instruments financiers<sup>53</sup>.

La principale institution publique mise en place à cette occasion est la *Société nationale d'investissement* (SNI), créée par la loi du 2 avril 1962 sous la forme d'une « *société d'intérêt public* ». Elle a pour objectif de venir en aide aux entreprises privées, par l'apport temporaire de capital à risque, via des prises de participation temporaires au sein des sociétés concernées. C'est la première fois qu'une participation publique est autorisée, et même « *institutionnalisée* », dans une entreprise dont l'activité n'est pas désignée comme un service public. « *Ce n'est plus seulement l'aménagement des infrastructures ou la sauvegarde des équilibres généraux, mais aussi la promotion directe des initiatives économiques, qui justifie l'intervention publique* »<sup>54</sup>. « *La publicisation de secteurs industriels en difficulté s'analyse comme le transfert vers les pouvoirs publics d'un risque devenu excessif dans l'optique du capitalisme privé* »<sup>55</sup>.

Cette évolution s'accompagne en outre d'un régime tout à fait particulier pour la SNI et les diverses **sociétés publiques d'investissement** ou filiales qui vont la suivre : elles bénéficient longtemps d'une autonomie extrêmement large, sans

<sup>52</sup> Voy. *infra*, IV, et la contribution de F. BELLEFLANQUE dans cet ouvrage, n° 34.

<sup>53</sup> Voy. le rapport de la Commission gouvernementale pour l'étude des problèmes de financement de l'expansion économique. Bruxelles, Imprimerie de la Banque nationale de Belgique, 31 mars 1962.

<sup>54</sup> D. DEOM, *op.cit.*, p. 22 ; V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 174-175.

<sup>55</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 179.

aucun contrôle de tutelle ou budgétaire, principalement régies par le droit commun<sup>56</sup>.

20. Le contrôle sur les sociétés publiques d'investissement a sensiblement évolué aujourd'hui. La loi du 2 avril 1962 organise un contrôle plus strict sur la *Société fédérale de Participations et d'Investissement* (SFPI) grâce à l'intervention d'un commissaire de gouvernement, et conférant au gouvernement un pouvoir d'annulation des décisions contraires à la loi ou aux « *objectifs prioritaires de la politique financière de l'Etat* » ; un contrôle similaire est exercé sur les sociétés régionales d'investissements et sur certaines de leurs filiales<sup>57</sup>.

Ces législations ne prévoient cependant aucun contrôle de tutelle sur les sociétés à forme privée au sein desquelles une société publique d'investissement détient la majorité des parts ou actions et nomme la majorité des membres des organes de gestion. Bien que de forme strictement privée, de telles **entreprises à capital public**, selon la terminologie préconisée par Diane DÉOM dans sa thèse, sont incontestablement de propriété publique. Elles demeurent pourtant le plus souvent en dehors du champ d'application des règles propres aux personnes morales de droit public. L'enjeu n'est pas mince, pourtant : en 2007, « *par le biais de ces participations au capital et par le truchement d'administrateurs publics, la Région wallonne siège ainsi dans un demi-millier de conseils d'administration* »<sup>58</sup>.

#### IV. Les A.S.B.L., moyen d'action des pouvoirs publics (1974)<sup>59</sup>

21. L'association de pouvoirs locaux sous la forme d'une *association sans but lucratif* conforme à la loi du 27 juin 1921 est une réalité qui est née assez rapidement après l'adoption de cette loi, et s'est progressivement étendue à l'ensemble des niveaux de pouvoir, au point de devenir « *un mode extrêmement fréquent de gestion des services publics* », comme l'expose François BELLEFLAMME dans sa contribution au présent ouvrage.

Sans empiéter sur l'exposé systématique et détaillé de cette nouvelle catégorie d'organisme public personnalisé, l'on peut néanmoins relever que la première

<sup>56</sup> Tout en restant liée au secteur public : voy. D. DÉOM, *op.cit.*, pp. 174-175.

<sup>57</sup> Loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale de Participations et d'Investissement et les sociétés régionales d'investissement, *M.B.*, 18 avril 1962, telle que modifiée pour la dernière fois par la loi du 26 août 2006, *M.B.*, 30 août 2006, spéc. les articles 1<sup>er</sup>, 2<sup>ter</sup>, 3<sup>sexies</sup>, 4, ainsi que, pour la Région wallonne, les articles 22 et 29 ; décret flamand du 7 mai 2004 « *betreffende de investeringsmaatschappijen van de Vlaamse overheid* », *M.B.*, 8 juin 2004, spéc. art. 7<sup>ter</sup>. Voy. Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique*, Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2007, pp. 230-233.

<sup>58</sup> Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique, op.cit.*, p. 233.

<sup>59</sup> Pour paraphraser le titre, sous une forme affirmative, de P. LEWALLE, « *Les A.S.B.L., moyen d'action des pouvoirs publics ?* », dans *Les A.S.B.L., évaluation critique d'un succès*, Gand, Story-Scientia, 1985, pp. 249-300 (XXXVII<sup>e</sup> séminaire de la Commission droit et vie des affaires de l'Université de Liège).

consécration légale de ce mode d'organisation, pour l'administration centrale, trouve sa source dans une loi du 19 décembre 1974 qui autorise la gestion des services sociaux d'autorités administratives par des A.S.B.L.<sup>60</sup> Il existe cependant des A.S.B.L. « paraétatiques » bien plus anciennes<sup>61</sup>.

Il faut cependant attendre dix ans encore pour que les **A.S.B.L. administratives** fassent leur apparition dans la doctrine, grâce aux deux études effectuées en 1985 par Paul LEWALLE et Michel HERBIET. Paul LEWALLE constate à cette occasion l'extrême pauvreté, voire l'inexistence, de tout contrôle entre l'A.S.B.L. et le pouvoir public créateur ou associé. « *L'existence de services publics rigoureusement autonomes – nous entendons par là exempts de tout lien hiérarchique ou de tutelle – reste, pensons-nous, sans précédent* » souligne-t-il. Suite à une analyse rigoureuse, il estime néanmoins qu'il n'y aurait « *nulle hérésie à soutenir que la loi du 27 juin 1921 peut conduire à l'organisation, sur initiative publique, d'A.S.B.L. libres de tout contrôle ... Il s'agirait alors du degré le plus accusé de la décentralisation par services consacré par le droit positif* »<sup>62</sup>.

La contribution de François BELLEFLAMME démontre de manière limpide le succès toujours croissant que connaît, aujourd'hui encore, ce mode particulier d'organisation administrative. Il n'en demeure pas moins un des modes les plus discrets, au point que l'étude historique de Vincent PIRLOT, par exemple, n'en fait même pas mention<sup>63</sup>.

#### V. Les réformes de l'Etat (1980)

22. L'incidence du processus de fédéralisation de l'Etat belge sur le paysage paraétatique est, depuis l'adoption de la loi du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, fondamental. Les réformes de l'Etat successives ont en effet permis l'apparition des organismes « *paracommunautaires* » et « *pararégionaux* ». Leur évolution est retracée dans la contribution au présent ouvrage d'Irène MATHY, à laquelle

<sup>60</sup> Loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, *M.B.*, 24 décembre 1974, citée par F. BELLEFLAMME dans le présent ouvrage, note 19.

<sup>61</sup> F. BELLEFLAMME (note 20) cite l'A.S.B.L. *Centre de contrôle des radiocommunications des services mobiles* (créée en 1946) ; voy. également l'A.S.B.L. *Smals* (pour *Société de mécanographie pour l'application des lois sociales* - créée en 1939), récemment audité par la Cour des comptes (voy. le rapport du 3 juin 2009 – disponible sur [www.courdescomptes.be](http://www.courdescomptes.be)) ; ou l'A.S.B.L. Palais des Beaux-Arts de Bruxelles, créé en 1922 et analysée par H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Bruylant, 1996, vol. 1, pp. 175-178.

<sup>62</sup> P. LEWALLE, *op.cit.*, pp. 282-283 ; voy. dans le même ouvrage la contribution de M. HERBIET, « Les A.S.B.L. et la gestion privée des services publics », pp. 301-340.

<sup>63</sup> La Cour des comptes elle-même souligne, dans son rapport précité sur l'A.S.B.L. *Smals* (p. 42), que « *le fait qu'un maillon aussi important de notre système de sécurité sociale reste à ce point dans l'ombre constitue depuis longtemps un paradoxe et un objet d'étonnement* », citant le ministre de la Sécurité sociale dans son allocution à l'occasion des 50 ans de l'A.S.B.L. (*Revue belge de sécurité sociale*, 1990, n° 5, p. 285).

nous nous permettons de renvoyer<sup>64</sup>. Elle montre que la création d'organismes publics régionaux ou communautaires a notamment été l'occasion d'un affermissement du principe de légalité des personnes morales de droit public, mais aussi de divers conflits de compétences entre les entités fédérale et fédérées.

Deux processus de création peuvent être identifiés. Dans un premier temps, les nouveaux organismes fédérés sont directement issus de la communautarisation ou de la régionalisation d'organismes paraétatiques, ce non sans difficultés<sup>65</sup>. Le transfert d'un organisme fédéral vers un organisme fédéré n'est en effet pas automatique : il faut à la fois assurer la dissolution de l'organisme fédéral par une loi fédérale, assurer la création de l'organisme fédéré par un décret ou une ordonnance, puis réglementer les transferts de personnel et de patrimoine. Ce processus concerne, par exemple, la *Société nationale du logement*, la *Société nationale des distributions d'eau* ou l'*Oeuvre nationale de l'enfance*. Dans un second temps, les entités fédérées vont investir leurs champs de compétences et créer, dans des circonstances et pour des motifs comparables à l'Etat fédéral, de nouveaux organismes publics. Tel est le cas du *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA) et de son actuel pendant flamand, le *Vlaamse Regulator voor de Media* (VRM), de l'*Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement* (IBGE) ou de la *Société publique d'aide à la qualité de l'environnement* (SPAQuE) – les exemples sont, à l'instar du niveau fédéral, multipliables à l'envi –.

23. La compétence de principe des entités fédérées pour créer des personnes morales de droit public a également eu une incidence sur les catégories d'organismes qui peuvent être créés. Les entités fédérées ne sont en effet pas tenues de se limiter aux catégories déjà créées ou reconnues par les diverses législations examinées ou par la doctrine administrative.

La Flandre s'est montrée particulièrement proactive dans ce domaine, en tentant une rationalisation complète de ses institutions dans son « *Kaderdecreet bestuurlijk beleid* » du 18 juillet 2003<sup>66</sup>. Ce décret distingue quatre degrés d'autonomisation (*verzelfstandiging*) : **l'agence autonomisée interne sans personnalité juridique** – qui correspond à la déconcentration classique –, **l'agence autonomisée interne dotée de la personnalité juridique** – équivalente aux administrations personnalisées –, **l'agence autonomisée externe de droit public** – c'est-à-dire des organismes personnalisés soumis à un contrôle de tutelle, soit la définition

<sup>64</sup> N°10 à 30. Voy. également M. BARBEAUX, M. BEUMIER, *Administration, parasitaires et réforme de l'Etat*, Namur, Faculté de Droit de Namur, 1989 ; J. SAROT, « Réformes institutionnelles et organismes publics », dans *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. 2, pp. 1065-1088 ; V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 211-229.

<sup>65</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 216-221.

<sup>66</sup> *M.B.*, 22 août 2003. Ce décret met assez fidèlement en œuvre la classification novatrice proposée par A. ALLEN, W. DEVROE, *Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*. Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, lesquels avaient explicitement assimilé (p. 5) l'autonomisation interne avec la déconcentration et l'autonomisation externe avec la décentralisation (voy. *infra*).

classique de la décentralisation –, et enfin l'**agence autonomisée externe de droit privé**, sans contrôle de tutelle mais tenue de conclure un accord de coopération avec la communauté ou la région flamande. Cette dernière catégorie est particulièrement novatrice dans la législation administrative belge, qui n'avait jusqu'alors jamais explicitement admis l'existence d'organismes publics dispensés d'un contrôle de tutelle.

Dans sa contribution (n°35), Irène MATHY utilise néanmoins ce décret pour démontrer que, une fois de plus, toute tentative d'établir une législation-cadre est « *par essence* » vouée à l'échec, le législateur flamand ayant déjà dérogé à diverses reprises aux régimes aménagés par le décret-cadre.

## VI. L'eupéanisation et les libéralisations (1991)

24. La poursuite de politiques de restrictions budgétaires caractérise les années 1980 et 1990, accentuées par les obligations de réduction du déficit public et de la dette publique. Ces obligations sont notamment imposées par le Traité de Maastricht, signé en 1992, pour permettre l'entrée en vigueur de la monnaie unique européenne<sup>67</sup>. Un autre facteur essentiel d'évolution est « *l'intensification de la lutte concurrentielle qui semble constituer un des effets différés de la crise économique. Le secteur de la grande économie, en tout cas, entre manifestement dans une ère de manœuvres et de stratégies plus mobiles que jadis, et l'évolution technologique crée constamment de nouveaux enjeux dans la recherche d'activités rentables. Dans ce contexte, les particularités et les rigidités du secteur public sont de moins en moins bien acceptées (...). Cette évolution se trouve confortée, sur un plan plus institutionnel, par l'influence croissante des concepts du droit communautaire et par les nécessités maintes fois évoquées du prochain 'grand marché'* »<sup>68</sup>.

Parmi ces concepts du droit communautaire européen, l'on trouve celui d'**entreprise publique**, dont la définition fait l'objet d'un autre ouvrage déjà cité, incontournable en droit administratif belge : la thèse de Diane DÉOM relative au statut juridique des entreprises publiques. La catégorie regroupe ici les organismes dotés « *d'une certaine autonomie, d'ampleur variable, axée sur les nécessités de réalisation d'un objectif déterminé* » et relevant de la sphère publique. Diane DÉOM trace, par cette notion, une ligne de partage essentielle entre les « *administrations* », chargées de l'application de la loi, et les « *entreprises* », titulaires d'un « *pouvoir d'initiative* : [l'entreprise publique] *est investie d'une capacité de choisir des moyens d'action uniquement en fonction de leur aptitude à réaliser la fin pour laquelle elle est instituée* »<sup>69</sup>. La catégorie visée concerne principalement les

<sup>67</sup> Voy. B. LOMBAERT, P.O. DE BROUX, *op.cit.*, pp. 322-329 et les références citées.

<sup>68</sup> D. DÉOM, *op.cit.*, p. 478.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 487 et 490. Voy. également Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique, op.cit.*, pp. 237-241.

activités économiques, dites industrielles ou commerciales, des pouvoirs publics, quelle que soit la forme, le mode de contrôle ou le régime de propriété de ces activités. Or, le droit européen vise à réduire au maximum les conséquences du caractère public de ces entreprises, et à les soumettre aux règles relatives à la concurrence et aux libertés économiques européennes. On trouve ici des fondements précurseurs de la distinction entre personnes publiques marchandes et non marchandes effectuée par la loi du 22 mai 2003 (voy. *supra*, II).

Libertés économiques, règles de concurrence et ouverture des frontières symbolisant l'avènement d'un grand marché unique, « favorisent l'entrée d'opérateurs privés sur des marchés traditionnellement réservés aux monopoles publics »<sup>70</sup>. La construction européenne est ainsi à l'origine de bien des libéralisations, induites ou imposées, mais aussi à l'extension à l'étranger des activités de nombre d'entreprises publiques. Services financiers (Ducroire), énergie, transport et – sans doute le plus caractéristique – télécommunications, vont être les premiers secteurs à connaître une transformation importante de leur organisation administrative.

25. La principale conséquence de cette évolution fondamentale, bien que brossée à très larges traits, est la tendance à l'uniformisation des modes de gestion des entreprises publiques et privées<sup>71</sup>, ou plus exactement du rapprochement significatif des institutions publiques avec les formes et les règles du droit commun : « les principes du droit administratif ( ... ) se combinent aux principes de gestion empruntés au droit économique privé, tandis que la logique managériale gagne l'administration tenue désormais de démontrer son efficacité. ( ... ) L'opposition traditionnelle entre l'intérêt général et les intérêts privés fait place à une conscience beaucoup plus nette de leur nécessaire enchevêtrement en même temps que se densifient les interrelations entre pouvoirs publics et groupes d'intérêts sociaux »<sup>72</sup>. Ce rapprochement se traduit par trois évolutions significatives liées à la décentralisation administrative.

La première est l'apparition de la forme contractuelle dans les relations administratives. Contrat de gestion<sup>73</sup>, contrat d'administration<sup>74</sup>, accord de coopération<sup>75</sup> : depuis les années 1980, cet instrument de gestion publique n'a fait que prospérer, comme en témoigne la synthèse de David DE ROY dans le présent ouvrage, au point de devenir un des modes (une mode ?) les plus prisés d'organisation des relations entre pouvoir public créateur et organisme décentralisé. Bien que

<sup>70</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 235.

<sup>71</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 236 ; Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique, op.cit.*, p. 240.

<sup>72</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 146.

<sup>73</sup> Apparaît dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991.

<sup>74</sup> Apparaît dans l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale, *M.B.*, 30 avril 1997.

<sup>75</sup> Apparaît, en matière de décentralisation administrative, dans le décret flamand précité « *Kaderdecreet bestuurlijk beleid* » de 2003.

généralement associé à la création des entreprises publiques autonomes, l'instrument contractuel n'est cependant pas une composante spécifique de l'une ou l'autre catégorie de personne morale de droit public.

La seconde évolution est devenue le paradigme de la transformation récente du droit administratif : il s'agit de l'institution des **entreprises publiques autonomes** (EPA) par la loi du 21 mars 1991<sup>76</sup>. L'EPA est une nouvelle catégorie d'organisme paraétatique, dont l'autonomie de gestion est renforcée dans divers domaines, et dont les missions de service public sont définies dans un contrat de gestion. Elle exerce en principe ses activités dans un secteur industriel ou commercial, et demeure soumise à une tutelle de légalité exercée par des commissaires de gouvernement. La loi prévoit également qu'une EPA peut exercer des activités ne relevant pas de la notion de service public. C'est la deuxième étape en ce sens, après l'institution des sociétés publiques d'investissement et la propagation des entreprises à capital public. Paradoxalement, l'importance doctrinale de cette transformation ne correspond absolument pas au succès d'une forme de gestion publique qui reste aujourd'hui limitée à six grandes entreprises héritières des fleurons de l'activité publique économique au 20<sup>e</sup> siècle, dans le seul secteur des communications : Belgacom, La Poste, la SNCB, Infrabel et la SNCB-Holding, et enfin Belgocontrol.

La même loi de 1991<sup>77</sup> prévoit la transformation d'une EPA en **société anonyme de droit public**. Cette autre forme innovante d'organisme public – troisième indice du rapprochement avec le droit commun – a nettement moins attiré l'attention de la doctrine. Elle a cependant suscité un intérêt beaucoup plus important auprès des différents législateurs, comme le montre la liste des nombreuses sociétés créées sous cette forme dressée par Irène MATHY (n° 33), sans référence systématique d'ailleurs à la loi de 1991. Le rapprochement avec le droit commun des sociétés commerciales est plus étroit que jamais puisque, sauf dérogation prévue par la loi, la société est soumise aux règles applicables aux sociétés anonymes<sup>77</sup>. La forme d'une société anonyme de droit public n'implique pas *ipso facto* l'exercice d'un contrôle de tutelle, même si en pratique, toutes les sociétés existantes semblent actuellement soumises par leur loi organique au contrôle d'un commissaire de gouvernement.

<sup>76</sup> Précitée. Voy. Ph. QUERTAINMONT, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 : du desserrement de l'étreinte étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques ». dans *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Actes de la journée d'études organisée à l'ULB le 23 octobre 1991, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 65-88 ; V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 238-248. La notion dépasse le cadre de la loi de 1991 : la RTBF, par exemple, est également une EPA (art. 1<sup>er</sup> du décret du 14 juillet 1997 portant statut de la RTBF, *M.B.*, 28 août 1997).

<sup>77</sup> Art. 37 à 42 de la loi précitée du 21 mars 1991. Voy. également la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, *M.B.*, 9 juillet 1991, qui transforme à la même époque la plupart des institutions publiques de crédit en sociétés anonymes de droit public.

26. Une seconde conséquence de l'emprise européenne, liée à ces phénomènes de libéralisation et de privatisation ou, à tout le moins, de rapprochement des activités économiques de l'Etat avec le droit commun, révolutionne plus fondamentalement encore les modes d'organisation administrative.

Confronté à la libéralisation d'anciennes activités monopolistiques, l'Etat va séparer les fonctions d'agrément, de surveillance ou de contrôle de ces activités – rapidement qualifiées de fonctions de régulation, par référence au vocabulaire anglo-saxon – des fonctions d'exploitation des services et des infrastructures. Cette fonction de régulation, de plus en plus souvent considérée comme une mission essentielle de l'Etat, entraîne la création de nouveaux organismes, spécialisés dans un secteur, et appelés à contrôler celui-ci notamment pour le contraindre à respecter les règles de concurrence. Les **autorités de régulation** ainsi créées (l'*Institut belge des postes et des télécommunications* – IBPT, la *Commission de régulation de l'électricité et du gaz* – CREG, le *Conseil de la concurrence*, la *Commission bancaire, financière et des assurances* – CBFA, le *Conseil supérieur de l'audiovisuel* – CSA, le *Vlaamse Regulator voor de Media* – VRM, ...) <sup>78</sup>, disposent d'une très large autonomie – on utilise même la notion d'**autorité administrative indépendante** – pour exercer leur mission. Aucun contrôle de tutelle n'est en principe plus autorisé sur celle-ci <sup>79</sup>.

27. Une troisième incidence du droit européen sur les modes d'organisation des institutions administratives est plus insidieuse. La contribution de Pierre NIHOUL au présent ouvrage est, à cet égard, particulièrement éclairante : les règles plus ou moins lourdes imposées en matière d'aide d'état, de financement des services d'intérêt économique général et de marchés publics conduisent de plus en plus souvent les autorités publiques à choisir l'une ou l'autre forme d'organisation administrative en raison des règles qu'elle veut respecter ou – plus probablement – auxquelles elle veut échapper.

D'autres règles européennes ou internationales ont d'ailleurs le même effet. La création d'organismes décentralisés est, par exemple, souvent justifiée – même si cela n'est jamais explicitement affirmé – par un souci de « débudgétisation », permettant de respecter les règles strictes de déficit public et de dette publique imposées par le Traité de Maastricht <sup>80</sup>. La crise de la dette publique des Etats

<sup>78</sup> Voy. P. BOUCQUEY, P.O. DE BROUX, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », in H. DUMONT, P. JADOUX, S. VAN DROEGHEBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*. Bruxelles, La Chartre, 2007, pp. 211-220 et les références citées.

<sup>79</sup> D. DELVAX, « Les contrôles administratifs pesant sur les autorités administratives indépendantes », *Rev. dr. ULB*, n° 37, 2008, pp. 107-136 ; D. DE ROY, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge », dans *Rapport belge au congrès de l'académie internationale de droit comparé tenue à Utrecht en 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 719-755.

<sup>80</sup> P.O. DE BROUX, B. LOMBAERT, *op.cit.*, pp. 329 et s.; voy. la contribution de D. YERNAULT et B. CADRANEL dans cet ouvrage.

européens survenue en 2010 est susceptible d'encore renforcer la tendance à la débudgétisation et, par conséquent, à la décentralisation.

\* \*  
\*

28. Depuis près de septante ans, la prolifération des organismes paraétatiques est ainsi concurrencée par la multiplication des catégories, doctrinales ou légales, de personnes morales de droit public. Pas moins de dix-sept catégories sont recensées ci-dessus. Et, pour ne rien simplifier, la plupart d'entre elles se sont superposées ou insérées dans les précédentes, sans les remplacer.

De manière transversale, la création de parastataux témoigne d'une volonté souvent renouvelée d'échapper à certaines règles contraignantes de la gestion publique ou à la trop grande politisation d'un service. Mais volonté qui va le plus souvent de pair avec celle d'un contrôle à exercer sur ce service. Ce paradoxe illustre en réalité ce que dût être – et est sans doute encore – l'histoire de chaque organisme public : celle d'une balance permanente entre l'autonomie et le contrôle, juridiques comme politiques, et dont le point d'équilibre est rarement atteint, variant avec les coalitions, les élections ou les générations. Un autre motif diffus de création d'un organisme public s'est plus récemment affirmé : une institution paraétatique est susceptible d'apporter une forte visibilité, une meilleure lisibilité et une plus grande cohérence à l'action gouvernementale ; elle peut renforcer son efficacité, par la spécialisation de ses membres et la rapidité de son intervention, en particulier dans des matières techniques et/ou changeantes<sup>81</sup>. Il serait l'expression du passage d'une logique de service public à une logique de la performance, considérées *a priori* comme antinomiques, mais que les gouvernants tentent aujourd'hui de (ré)concilier.

L'évolution des catégories recensées, par contre, suit très nettement la croissance et les crises de l'économie nationale et européenne comme les progrès de la société. Les nouvelles formes d'organismes publics confirment également le renouvellement du rôle de l'Etat, moins interventionniste et plus régulateur, qui se dessine depuis le début des années 1990. Il n'empêche, souligne Vincent PIRLOT, singulièrement depuis les années 1980, « *les justifications données aux reformes dont il a été question ci dessus ont généralement résulté de compromis pragmatiques intervenus sans véritables débats idéologiques concernant une*

<sup>81</sup> Certes déjà présent à l'esprit du législateur depuis de nombreuses années (voy. par exemple l'exposé des motifs de la loi du 9 juillet 1975 ayant créé l'*Office de contrôle des assurances*, cité par V. PIRLOT, *op.cit.*, pp. 176-177), ce motif devient prépondérant depuis les années 1990, comme en témoignent par exemple la création du *Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme* en 1993, de l'*Agence fédérale de contrôle nucléaire* en 1994, de l'*Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire* (AFSCA) en 1999 suite à la crise de la dioxine, de l'*Agence fédérale d'accueil des demandeurs d'asile* (Fedasil) en 2001 ou de l'*Institut pour l'égalité des femmes et des hommes* en 2002 (*Ibidem*, pp. 266-271). Voy. également la contribution de Julien De Beys au présent volume, qui fait état de préoccupations similaires pour justifier la création d'agences européennes.

*stratégie politique d'ensemble ou concernant le rôle – actuel et futur – assigné aux interventions étatiques* »<sup>82</sup>.

### § 3. Pour conclure : autonomie, personnalité juridique, contrôle de tutelle : quel(s) critère(s) pour identifier la décentralisation fonctionnelle ?<sup>83</sup>

29. La théorie de la décentralisation fonctionnelle, qui est au cœur du présent volume, n'a pratiquement pas évolué dans la doctrine actuelle, ni dans les cours de droit administratif enseignés dans les facultés de droit en Belgique. Elle sert toujours de fondement pour décrire l'organisation des institutions administratives, le cas échéant sous l'appellation flamande de « *externe verzelfstanding* », dont la définition renvoie expressément à la notion de décentralisation<sup>84</sup>.

Tous les auteurs de droit administratif postérieurs à BUTTGENBACH ont reproduit sa théorie et conservé le sens des différentes notions qu'il a définies. Tous, sans exception, identifient les trois principaux éléments de la décentralisation fonctionnelle, à savoir l'autonomie organique, la personnalité juridique et le contrôle de tutelle<sup>85</sup>. Et tous distinguent la décentralisation de la centralisation et de la déconcentration, en soulignant que les frontières de ces catégories ne sont pas hermétiques, et ne s'excluent pas (en rappelant le plus souvent la distinction traditionnelle entre les compétences déconcentrées et décentralisées des communes, bourgmestres ou gouverneurs de province)<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> V. PIRLOT, *op.cit.*, p. 266.

<sup>83</sup> L'auteur remercie François Belleflamme pour les passionnants échanges qui lui ont permis de soutenir ces conclusions.

<sup>84</sup> A. ALEN, W. DEVROE, *Verzelfstanding van bestuurstaken in België*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, pp. 5-6.

<sup>85</sup> P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif belge*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, De Visscher-Bruylant, 1948, pp. 42-43 et 50-54 ; A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles-Gand, Story-Scientia, 1966, pp. 45 et s. ; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, pp. 134-138 ; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1978, pp. 113-114 ; M.A. FLAMME, *op.cit.*, t. 1, p. 289 ; I. KOVALOVSKI, *Droit administratif*, Bruxelles, Direction générale de la sélection et de la formation, 1990, t. I, pp. 31-58 ; A. ALEN, W. DEVROE, *op.cit.*, pp. 5-6 ; S. BAERTEN, *De overheid als ondernemer*, Brugge, die Keure, 2003, pp. 243-253 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, v<sup>o</sup> *Centralisation, Décentralisation et Tutelle*, pp. 42, 75 et 267 ; M. HERBIET, A.L. DURVIAUX, *Droit public économique*, Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 38 et s. ; B. LOMBAERT, « Le pouvoir hiérarchique comme mode de contrôle administratif », *Rev.dr.ULB*, n<sup>o</sup> 37, 2008, p. 147 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 18<sup>e</sup> éd., Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2009, pp. 103 et s. ; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 113 et s. ; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, p. 1265.

<sup>86</sup> *Contra* : J.M. FAVRESSE, « Déconcentration et décentralisation, reflets d'un monde disparu ? », *A.P.T.*, 1984, pp. 15-62, qui prône précisément la fin de cette théorie à l'égard des organes provinciaux et communaux.

De manière plus étonnante par contre, on l'a dit, la classification des organismes paraétatiques sous les notions de centralisation, de déconcentration ou de décentralisation fonctionnelle fait l'objet de peu ou pas de débat. Parfois, aucun lien n'est fait entre la théorie de la décentralisation et l'énoncé des différentes catégories d'organismes publics. Le plus souvent, cet énoncé est divisé entre la liste des organismes déconcentrés et la liste des organismes décentralisés, sans la moindre justification relative à la distinction adoptée. D'autres fois encore, ces deux listes sont complétées par des catégories supplémentaires, distinctes, constituées par les entreprises publiques, les entreprises publiques autonomes, les autorités administratives indépendantes, ... , sans tenter d'insérer celles-ci dans la théorie de la décentralisation.

Ce procédé ne va pas sans poser de problèmes : il nous paraît tout à fait surprenant que la majorité de la doctrine persiste à considérer le contrôle de tutelle comme un élément essentiel de la décentralisation par service, tout en y intégrant ensuite des organismes soumis soit à un contrôle hiérarchique, soit à un contrôle plus diffus que le pouvoir hiérarchique ou la tutelle. Et ce sans jamais s'en justifier, ou presque. A l'aune d'un tel paradoxe, il nous semble donc que les éléments de la définition de la décentralisation fonctionnelle – autonomie, personnalité juridique et tutelle – doivent être remis sur le métier.

30. Dans une perspective chronologique, tout d'abord, il faut constater que ces trois critères ont eu une importance évolutive. Là où BUTTGEBACH mettait l'accent sur le critère de l'autonomie, Jacques DEMBOUR, fort du constat que des services dépourvus de personnalité juridique disposent d'un important pouvoir propre de décision et que, par ailleurs, des administrations personnalisées ne disposent que d'un pouvoir de décision extrêmement réduit, estime quelques années plus tard que « *la reconnaissance de la personnalité juridique dans le chef d'un service public ou d'un ensemble de services publics ( ... ) constitue la marque essentielle de la décentralisation* »<sup>87</sup>.

C'est probablement sur cette base que tous les auteurs classent les administrations personnalisées, c'est-à-dire soumises à un contrôle hiérarchique mais disposant de la personnalité juridique, parmi les organismes décentralisés. Le tout récent *Manuel de droit administratif* observe également qu'« *une minorité d'auteurs hésitent à considérer ces administrations comme des services publics décentralisés fonctionnellement, en raison du pouvoir hiérarchique qu'exerce le ministre sur elles et les considèrent plutôt comme des administrations centralisées. Leur autonomie, même limitée, incite toutefois à les considérer comme des services publics décentralisés* »<sup>88</sup>, justifiant donc plutôt cette classification à l'aide du critère de l'autonomie.

<sup>87</sup> J. DEMBOUR, *op.cit.*, pp. 113-114.

<sup>88</sup> D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *op.cit.*, p. 209.

Aujourd'hui pourtant, et malgré une classification qui ne répond pas à cette tendance, le critère déterminant pour départager la déconcentration et la décentralisation fonctionnelle semble être devenu celui du contrôle de tutelle. L'autorité déconcentrée est soumise au contrôle hiérarchique, tandis que l'autorité décentralisée ne peut être soumise qu'à un contrôle de tutelle : « *l'autonomie de la personne décentralisée ( ... ) est assurée non seulement par l'attribution de compétences mais également par un contrôle restreint sur l'action des entités décentralisées. Par contre, la déconcentration se caractérise par la subordination des organes déconcentrés aux pouvoirs centraux qui est garantie par l'exercice de l'autorité hiérarchique* ». Yves HOUYET conclut que « *le type de contrôle (tutelle ou autorité hiérarchique) ne doit pas être perçu comme la résultante du mode d'organisation administrative choisi (décentralisation ou déconcentration) mais comme une composante de ce dernier* »<sup>89</sup>. A fortiori lorsque, dans le présent volume, Irène MATHY remet sérieusement en question la personnalité juridique comme critère de démarcation au sein des organismes paraétatiques.

31. En réalité, il nous semble désormais que deux classifications au moins sont possibles, selon que le critère de la personnalité juridique ou le critère de l'intensité de l'autonomie et du contrôle est privilégié. Il n'appartient sans doute pas à notre « introduction » de trancher à laquelle des deux il faut rattacher la notion de décentralisation fonctionnelle : nous invitons surtout la doctrine à se positionner et à ne plus éviter, consciemment ou non, la question.

32. Première hypothèse, la décentralisation fonctionnelle est caractérisée par l'octroi de la personnalité juridique, et couvre par conséquent l'ensemble des personnes morales de droit public non centralisées (à l'exclusion donc de l'Etat fédéral, des entités fédérées, des provinces et des communes). Elle constitue alors le chapeau de la théorie de la personne morale de droit public, au régime juridique plural et évolutif décrit dans la thèse précitée de Frederik VANDENDRIESSCHE, et seulement unie par quelques larges principes (ceux de la légalité et de la spécialité des personnes morales de droit public) et par des conséquences juridiques concrètes (patrimoine propre, capacité d'ester en justice voire de contracter, responsabilité civile et pénale, ... ), relevant pour la plupart du droit commun<sup>90</sup>.

Cette classification semble la plus simple, celle qui pourrait être le plus facilement admise : une grande part de la doctrine y adhère implicitement, vu les catégories d'organismes publics qu'elle considère comme décentralisés. Elle correspond également à la notion doctrinale initiale de « *externe verzelfstandiging* »<sup>91</sup> mais pas aux catégories d'agences autonomisées flamandes, dont l'une est dite « *autonomisée interne dotée de la personnalité juridique* ». Elle a enfin le mérite

<sup>89</sup> Y. HOUYET, « Les procédés de contrôle tutélaires sur l'action des entités décentralisées au sein de l'Etat fédéral », *Revue de droit de l'ULB*, 2008, p. 54 ; voy. aussi B. LOMBAERT, *op.cit.*, pp. 147-149 ; P. GOFFAUX, *op.cit.*, p. 76, v° *Décentralisation*.

<sup>90</sup> Voy. *infra*, la seconde partie de la contribution d'Irène Mathy.

<sup>91</sup> Voy. les organismes considérés comme relevant de l'autonomisation externe dans A. ALEN, W. DEVROE, *op.cit.*, pp. 28 et s.

d'inclure une série d'organismes paraétatiques généralement oubliés ou non classés, telles les sociétés publiques d'investissement et leurs filiales, les A.S.B.L. administratives ou les autorités administratives indépendantes.

Ce choix doit cependant avoir une conséquence explicite sur la définition de la décentralisation fonctionnelle : la notion ne pourrait désormais plus se réduire aux organismes soumis à un contrôle de tutelle, sauf à revoir la notion de tutelle elle-même. Il existe en effet, on l'a vu, des personnes publiques directement gérées par un ministre, ou sous son contrôle hiérarchique ; de même, il existe un nombre croissant d'institutions personnalisées qui ne sont plus soumises à un contrôle de tutelle, mais à d'autres modalités de contrôle plus ou moins contraignantes, voire à aucun contrôle (en particulier les entreprises à capital public, les A.S.B.L. administratives et les autorités administratives indépendantes). Il y a donc lieu, dans cette première hypothèse, de redéfinir la notion de décentralisation fonctionnelle ou la notion de tutelle.

33. Dans une seconde hypothèse, le critère prépondérant de la décentralisation demeure le contrôle de tutelle, dans son acception classique, soit ce pouvoir de l'administration centralisée de veiller à la conformité des actes des organismes décentralisés avec la loi et l'intérêt général. Le contrôle de tutelle se définit d'ailleurs le plus souvent par référence aux autorités décentralisées.

Il faut suivre alors la proposition de Yves HOUYET, citée *supra*, et considérer le contrôle de tutelle comme une composante de la décentralisation, et le contrôle hiérarchique comme une composante de la déconcentration. Et constater ensuite qu'une série d'organismes traditionnellement considérés comme *paraétatiques* ne rentrent pas, ou plus, dans ce schéma. Il ne faut alors pas redéfinir la notion de décentralisation fonctionnelle ou de tutelle, mais la compléter. Elle ne constituerait plus qu'un des degrés d'intensité du contrôle et de l'autonomie caractérisant les organismes publics.

Cela implique d'abord de classer à nouveau les régies et administrations personnalisées sous la notion de déconcentration (leur autonomie est d'ailleurs rarement plus importante que les services à gestion séparée, forme typique et prisée de déconcentration, comme en témoigne la contribution de Irène MATHY). Ce qui correspond à la terminologie flamande de « *interne verzelfstandiging* » dans le décret-cadre de 2003.

Cela conduit ensuite à créer une ou plusieurs nouvelles catégories, liées à l'intensité de l'autonomie et du contrôle des organismes publics non soumis à un contrôle de tutelle. Le décret flamand de 2003, appuyé en ce sens par la Cour des comptes, distingue à cet égard les entités créées sous une forme de droit public ou de droit privé.

« Si l'accent est mis sur un statut de droit public, (...) l'autonomie de gestion est toujours assortie d'un contrôle administratif. L'autorité de contrôle reste

*compétente pour suspendre ou annuler les décisions de l'institution ou, par exemple, les soumettre à une approbation préalable dans le but de faire respecter la législation ou dans l'intérêt général ». L'on demeure, en l'espèce, dans l'hypothèse d'un contrôle de tutelle et donc de la décentralisation fonctionnelle.*

*« Si l'accent se porte plutôt sur une forme d'association privée, comme une A.S.B.L., il est généralement admis que l'autorité doit éviter d'exercer sur cette association les formes de contrôle administratif classiques, sous peine de perdre les caractéristiques typiques normalement liées à une association ou une société privée. C'est la raison pour laquelle un contrôle spécifique est la plupart du temps organisé en tenant compte de la particularité de l'entité autonome. (...)*

*Dans la pratique, il apparaît qu'en recourant aux formes de droit privé telles que les sociétés, les pouvoirs publics ont déjà organisé notamment les formes de contrôle spécifiques suivantes :*

- les résultats atteints et la situation financière doivent être communiqués périodiquement au gouvernement ;*
- les procès-verbaux, la correspondance ou les documents doivent pouvoir être consultés par un ministre désigné, qui peut demander à l'administrateur délégué ou aux membres du conseil d'administration toutes les vérifications ou tous les éclaircissements jugés nécessaires ;*
- certaines dépenses peuvent, à la demande expresse du parlement, être soumises à un audit financier ou à un examen de la régularité ou de l'efficacité par la Cour des comptes ;*
- les systèmes de contrôle interne doivent régulièrement faire l'objet d'un audit par l'administration ;*
- les comptes annuels, établis et approuvés selon les dispositions du droit des sociétés applicable doivent être soumis, en vue de leur contrôle, à un collège de commissaires, composé de réviseurs d'entreprises et de membres de la Cour des comptes »<sup>92</sup>.*

Une telle distinction n'est, certes, pas encore tout à fait satisfaisante. Les autorités administratives indépendantes ne tolèrent en effet pas beaucoup de contrôle, mais ne sont jamais constituées sous la forme d'une association privée. Par ailleurs, l'incidence d'un instrument contractuel (contrat de gestion, d'administration, ...) sur la forme de contrôle exercée n'est pas vraiment prise en considération (voy. la contribution de David DE ROY). Enfin, André ALEN et Wouter DEVROE ont très justement critiqué la dualisation « public-privé » et montré l'étendue des formes hybrides d'organismes *autonomisés externes*<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Cour des comptes, « Les entreprises informatiques des pouvoirs publics. La collaboration des pouvoirs publics avec l'asbl Smals », rapport transmis à la Chambre des représentants, 3 juin 2009, pp. 37-38 – disponible sur [www.courdescomptes.be](http://www.courdescomptes.be).

<sup>93</sup> A. ALEN, W. DEVROE, *op.cit.*, pp. 23-24, puis pp. 32 et s.

Il n'empêche, cette seconde hypothèse nous semble plus convaincante, même si elle devrait être beaucoup plus développée et étayée, ce que le délai dans lequel a été réalisée la présente introduction ne permettait pas de faire.

Un soutien supplémentaire à cette hypothèse peut être rencontré dans les évolutions récentes des modes européens d'organisation administrative. Dans le budget général de l'Union européenne pour l'exercice 2010<sup>94</sup>, est notamment rappelé le cadre autorisé du personnel pour les « institutions », d'une part, et pour les « organismes créés par les Communautés et dotés de la personnalité juridique », d'autre part. On y retrouve les différentes catégories évoquées par Julien DE BEYS dans sa contribution au présent volume : « organismes décentralisés » (à savoir les agences de régulation), « entreprises communes européennes » et « agences exécutives ». Ces dernières, personnalisées, exerçant leur compétence pour le compte, sous le contrôle et la responsabilité de la Commission, font penser à nos « administrations personnalisées ». Les « entreprises communes », pour leur part, « fonctionnent différemment d'un organisme traditionnel du secteur public » : on pourrait les comparer à nos organismes prenant la forme d'association privée. Reste les « organismes décentralisés », personnalisés également, dont les formes sont très variables, et qui sont, selon Julien DE BEYS « véritablement à considérer comme des organismes de droit public européen ». Serait-il si audacieux de les comparer à notre décentralisation fonctionnelle, dans le sens restreint envisagé par la présente hypothèse ?

\* \*

\*

34. L'entrée de la décentralisation fonctionnelle dans le XXI<sup>e</sup> siècle mérite donc incontestablement un approfondissement plus théorique, que nous n'avons pu qu'esquisser. L'esquisse elle-même pose déjà de nombreuses questions. Faut-il cumuler les deux hypothèses formulées (une décentralisation au sens large, une au sens strict) ? Est-ce que, à l'instar de la déconcentration et la décentralisation classique, il n'y aurait pas la possibilité de cumul, par un même organisme, des différents degrés d'autonomie et de contrôle à dégager ? Une réponse affirmative à cette question nous paraît déjà très probable : l'entreprise publique autonome, par exemple, cumule un contrôle de tutelle (et un contrat de gestion) relatif à ses missions de service public, mais un contrôle beaucoup plus diffus pour ses autres activités, plus proche de celui décrit par la Cour des comptes pour les personnes publiques créées sous la forme d'une association privée. Enfin, où commence la gestion purement privée de services publics ? Le phénomène du *continuum* public-privé décrit dans la thèse précitée de Frederik VANDENDRIESSCHE semble le plus adéquat pour y répondre.

Face aux modes de gestion fondés sur la personnalité juridique ou sur le degré d'autonomie et de contrôle, semblent aussi apparaître des modes d'organisation

<sup>94</sup> J.O., 12 mars 2010, L 64.

administrative reposant sur la nature des activités exercées par les organismes publics, séparant essentiellement les activités à caractère économique ou à caractère administratif<sup>95</sup>. Vivement critiquée par BUTTGEBACH en son temps<sup>96</sup>, la nouvelle catégorie d'« *organismes administratifs publics* » créée en 2003, comme la pression du droit européen, semble néanmoins rendre cette évolution inéluctable. Avec quel impact sur la théorie de la décentralisation ?

Enfin, la question des limites à l'autonomie fait fréquemment débat. En citant DEMBOUR, Paul LEWALLE affirme que « *l'existence, la nature, l'intensité du lien unissant le pouvoir public créateur à la personne publique instituée dépendent de l'appréciation du législateur ... C'est finalement une question d'opportunité* »<sup>97</sup>. Il n'imaginait pas encore le degré d'indépendance réclamé par les autorités de régulation, bien qu'elles disposent parfois d'un pouvoir quasi réglementaire. C'est à nouveau l'article d'Irène MATHY qui fait l'état de la question (n° 64 à 76). Elle démontre que c'est le degré d'autonomie et de contrôle adopté qui détermine l'étendue des compétences susceptibles d'être confiées à l'organisme public.

Ainsi, la théorie classique de la décentralisation fonctionnelle, qui reposait tranquillement dans les premières pages des manuels et syllabus de droit administratif depuis plus d'un demi-siècle, est-elle incontestablement bousculée par les nombreuses évolutions qui ont été décrites. Si elle n'est certainement pas appelée à perdre sa place, comme en témoigne son renouveau européen, il y a par contre lieu de la dépoussiérer, sur la base des hypothèses ici évoquées ou sur d'autres, pour lui permettre de dépasser un rôle de plus en plus pédagogique, et de moins en moins juridique, dans lequel elle semblait se complaire.

<sup>95</sup> Distinction utilisée tant dans la thèse précitée de Diane DEOM, par exemple, que dans la contribution d'Irène MATHY, notamment pour apprécier la capacité de contracter des organismes publics personnalisés, dans la contribution de Pierre NIHOUI pour distinguer le champ d'application de la réglementation européenne des marchés publics et des aides d'Etat, ou encore dans la contribution de Dimitri YERNAULT et Benjamin CADRANEL, afin de permettre la débudgétisation de certains organismes dans le cadre des règles SEC95. Ces distinctions par secteur sont parfois encore plus ponctuelles : les entreprises publiques autonomes ne concernent que le secteur des communications, les institutions publiques de sécurité sociale ou les institutions publiques de crédit bénéficient de législations tout à fait spécifiques.

<sup>96</sup> « *Si la nature économique des activités du service public peut entraîner une certaine homogénéité dans la détermination des procédés de gestion budgétaire, comptable et financière, ce n'est pas elle qui doit déterminer le statut juridique de l'institution vis-à-vis des pouvoirs publics, c'est-à-dire le degré plus ou moins étendu d'autonomie de gestion du service à l'égard de ces pouvoirs, pas plus que le procédé juridique de leur création* » (Manuel ... , *op.cit.*, p. 180, en note).

<sup>97</sup> P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 283.