

LA SUBSIDIARITÉ ET LES PARTICIPATIONS PUBLIQUES AU CAPITAL D'ENTREPRISES

PAR

DIANE DÉOM

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
AVOCAT

Il convient d'évoquer quelques étapes de l'évolution du droit belge des participations publiques au capital d'entreprises, et cela en relation avec la notion de service public.

– Jusqu'aux années '60, l'analyse de l'intervention directe des pouvoirs publics dans l'économie se ramène à l'étude de la décentralisation fonctionnelle et des organismes d'intérêt public. L'essentiel de l'effort de la doctrine juridique consiste à rendre compte de la diversité des formes institutionnelles créées par l'Etat et les communes pour prendre en charge les services publics économiques : établissements publics, associations de droit public, intercommunales, sociétés d'économie mixte... Les services publics économiques ne sont d'ailleurs pas reconnus comme une catégorie juridique spécifique et leur régime ne se distingue pas fondamentalement de celui des services publics non marchands.

Dans ce contexte, l'intervention active dans l'économie est directement liée à la notion de service public : elle ne se conçoit que pour les besoins d'un tel service. Qui dit organisme d'intérêt public dit activité de service public ; l'acception organique et l'acception fonctionnelle du terme sont étroitement associées.

En outre, le législateur se voit reconnaître une entière liberté pour apprécier quelles sont les activités qui doivent être qualifiées services publics, et pour en aménager le régime juridique. La création de monopoles, l'octroi de droits exclusifs ou de prérogatives de puissance publique, l'aménagement de règles particulières de fonctionnement, de fiscalité, de responsabilité, etc. sont laissées à sa discrétion.

Si la notion de subsidiarité se manifeste à ce stade, ce ne peut être que dans le registre des préceptes politiques ou dans l'appréciation des nécessités économiques. Aucune règle de droit ne limite la faculté reconnue au législateur pour ériger une activité en service public et organiser le régime juridique spécial qui s'y attache.

— La loi du 2 avril 1962 relative à la Société nationale d'investissement introduit en droit belge une innovation essentielle. Elle permet, en effet, à cette société publique, et, indirectement, à l'Etat, de souscrire des participations au capital d'entreprises qui n'ont d'autre finalité que purement économique et qui demeurent soumises au droit privé, en ce compris le droit de la faillite. Les participations souscrites dans ce cadre se dispersent dans de nombreux secteurs économiques (industrie lourde, papeterie, agro-alimentaire, bureautique, etc.)

L'intervention de l'Etat est donc, ici, manifestement étrangère à la notion de service public; ce n'est pas la nature des activités entreprises qui justifie l'intervention financière de l'Etat, mais bien leur intérêt en termes de politique économique. La loi le précise encore dans sa version actuelle (1) : ces prises de participation doivent s'opérer dans un double objectif : l'intérêt de l'économie belge par la mise en œuvre (...) de la politique industrielle de l'Etat d'une part, et l'application des règles de bonne gestion industrielle, financière et commerciale ainsi que l'obtention d'une rentabilité normale d'autre part.

La notion de subsidiarité a été clairement exprimée dans cette législation entre 1976 et 1978. Aux termes de la loi du 30 mars 1976 organisant l'initiative économique publique, certaines prises de participation de la S.N.I. n'étaient autorisées que dans des cas bien délimités, parmi lesquels figurait « *la carence de l'initiative privée dans un secteur ou une région* ».

Mais, comme les autres restrictions qui affectaient à l'époque la faculté de prendre des participations, cette mention a été supprimée dès 1978. Dès lors, et jusqu'à nos jours, l'Etat et les Régions se voient reconnaître une faculté illimitée d'intervention dans le capital d'entreprises. Aucun critère juridique ne fixe les conditions ou les limites d'une telle initiative.

(1) Art. 2quinquies.

Ici encore, la subsidiarité n'apparaît que comme le résultat d'orientations politiques et de données économiques.

– L'adoption de la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques autonomes constitue une troisième étape significative.

Sous la pression du droit communautaire, le législateur belge réorganise par là les grandes entreprises publiques fédérales (chemins de fer, postes, télécommunications, infrastructures aéroportuaires). Il leur confère une large autonomie de gestion et assigne à leurs activités un régime juridique différent selon qu'elles sont qualifiées missions de service public ou non. L'application d'un certain nombre de règles de droit public (et notamment du contrôle de tutelle, exercé par référence à un contrat de gestion) est limitée à la sphère des missions de service public; pour ses autres activités, l'entreprise fonctionne quasi intégralement sur le mode du droit privé.

Pour la première fois, cette législation introduit l'idée qu'une personne de droit public, organisée par la loi, peut exercer des activités qui ne revêtent pas le caractère de service public. On réunit en quelque sorte au sein de la même personne juridique les deux modèles précédents : celui du service public organique et celui de l'entreprise à capital public. *Ipsa facto*, on remet en évidence la signification fonctionnelle du service public.

Si l'on peut discerner ici l'empreinte de la subsidiarité, ce serait dans le souci du législateur de limiter l'emprise de l'Etat sur la gestion de ces entreprises et de dépolitiser celle-ci. Le thème de l'autonomie de gestion est mis en exergue comme la méthode privilégiée pour promouvoir une gestion efficace et techniquement adéquate, dans un environnement concurrentiel. La sphère politique semble s'effacer au profit de la sphère managériale.

– La quatrième étape est très récente et résulte de la libéralisation du marché des télécommunications; elle se traduit par les modifications apportées aux articles 82 et suivants de la loi du 21 mars 1991.

L'opérateur historique – Belgacom – apparaît toujours comme l'entreprise publique chargée de fournir les prestations désignées par la loi comme relevant du service public, notion qui ne dépasse que légèrement les limites du service universel au sens du droit européen. Mais d'autres entreprises peuvent également être chargées de l'accomplissement de telles prestations, soit sur décision unilatérale de l'autorité, soit à leur propre demande. Les conditions (techniques

et financières) d'accomplissement des prestations de service public doivent dès lors être définies *a priori* de manière objective.

Ainsi se dessine un modèle dans lequel l'entreprise publique n'aura plus vocation privilégiée à la réalisation des missions de service public, et ne trouvera donc plus dans celles-ci la justification de son existence même : l'entreprise publique rejoint définitivement la catégorie de l'entreprise à capital public.

Pareille évolution met particulièrement en évidence la dimension fonctionnelle du service public. Dans ce modèle, celui-ci se définit comme une tâche qui se greffe sur une activité purement commerciale à but lucratif. Est-elle rentable ou entièrement subsidiée, la mission de service public est attribuée dans le cadre de procédures qui, à terme, se rapprocheront sans doute de celles qui entourent la passation des marchés publics. Est-elle déficitaire, elle peut être imposée aux opérateurs économiques comme une sorte de contribution d'intérêt général.

Ce faisant, l'on s'inscrit d'ailleurs dans le droit fil des conceptions du droit communautaire, pour lequel une organisation publique qui exerce une activité économique est avant tout une entreprise, et qui envisage le service public comme la source d'exceptions aux principes normaux du droit de la concurrence.

N'est-ce pas là qu'on peut identifier une forme de subsidiarité : dans la primauté du modèle de l'entreprise économique et de la logique qui lui est propre, celle de la rentabilité et de la concurrence ? Si l'intervention publique directe dans l'économie n'est pas limitée, elle est en revanche banalisée et balisée par les normes du comportement économique dicté par le marché. Certes, les exigences du service public (ou, dans le cadre communautaire, celles de « service d'intérêt économique général ») sont reconnues et identifiées, mais elle n'interviennent que comme des correctifs et ne définissent plus la finalité principale de l'entreprise publique.

*

* *

Aujourd'hui, les quatre modèles évoqués coexistent. Mais le dernier est, de toute évidence, celui qui traduit le mieux des perspectives d'évolution fortement imprégnées par les constructions du droit communautaire, qui privilégie le souci d'ouverture des marchés sur les préoccupations plus traditionnellement liées à l'idée

de service collectif. Nous avouons partager à cet égard avec J.-F. Auby (2) une certaine mélancolie. Reliée à une définition large de l'économie (donc du domaine des règles de concurrence), et du régime des aides d'Etat, cette constatation aboutit, en effet, à ériger en priorité et en norme de principe l'alignement sur le comportement d'une entreprise privée.

Il devient difficile de définir l'espace juridique dans lequel peuvent encore s'inscrire les finalités d'intérêt général – environnemental, stratégique, culturel, social... – que les pouvoirs publics assigneraient aux entreprises dont ils sont fondateurs ou actionnaires.

Les Etats membres sont, aujourd'hui comme hier, libres de créer des services économiques, sans qu'aucun principe de subsidiarité ne permette d'y opposer d'objections. Mais, dès lors qu'ils entrent ainsi dans le champ de l'économie, ils deviennent, avant tout, des entrepreneurs soumis à des règles concurrentielles. Tout le reste est... subsidiaire.

(2) *Les services publics en Europe*, P.U.F., Que sais-je?, 1998, p. 97.