

LE CONTRAT DE GESTION DÉMASQUÉ VARIATIONS SUR LES VRAIS ET FAUX CONTRATS, LES DROITS SUBJECTIFS ET LA COMPÉTENCE DU CONSEIL D'ÉTAT (*)

par

Diane DÉOM

Conseiller d'État, professeur à l'U.C.L.

C.E. n°187.032 (XV), 13 oct. 2008

M. Leroy (R.), M. Quertainmont et M. Kovalszky

Aud : M. Amelynck

Pl. : M^e Bourtembourg

e.c. : RTBF/ CSA

Contrat de gestion – qualification juridique – compétence du Conseil d'Etat pour connaître d'un moyen pris de la violation de ses dispositions.

Le contrat de gestion liant la Communauté française et la RTBF s'écarte sur des points fondamentaux du droit commun des contrats. Nonostante sa dénomination, le «contrat de gestion» n'apparaît pas comme un texte de nature contractuelle, mais comme un règlement particulier applicable à la seule RTBF, dont l'élaboration est négociée avec elle.

Dans la mesure où elles imposent des obligations ou interdictions, les règles qu'il contient sont de nature réglementaire. Les décisions qui enfreignent ces règles ou en donnent une mauvaise application sont entachées d'excès de pouvoir.

*
* *

«(...) Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit :

Le 30 janvier 2006, un agent désigné par le gouvernement de la Communauté française en exécution de l'article 160, §2, du décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, visionne la programmation de la chaîne «la Deux» de la requérante du 16 janvier

au 20 janvier 2006 entre 18 h et 19 h. Cet agent constate «la diffusion de tunnels publicitaires immédiatement après la fin des programmes “la DeuJ”». Cette constatation donne lieu à l'établissement d'un dossier d'instruction.

Le 31 janvier 2006, le même agent écrit ce qui suit à l'administrateur général de la requérante :

«Le visionnage de plusieurs séquences reprises sous rubrique a permis d'identifier des indices susceptibles de constituer un manquement à l'article 29, 6, du contrat de gestion de la RTBF. Il s'agit plus précisément :

– d'un tunnel publicitaire diffusé le 16 janvier 2006 à 18 :34 :42 immédiatement après la fin des programmes “la DeuJ” à 18 :34 :41;

– d'un tunnel publicitaire diffusé le 17 janvier 2006 à 18 :33 :41 après la fin des programmes “la DeuJ” à 18 :33 :31;

– d'un tunnel publicitaire diffusé le 18 janvier 2006 à 18 :33 :09 après la fin des programmes “la DeuJ” à 18 :33 :00;

– d'un tunnel publicitaire diffusé le 19 janvier 2006 à 18 :32 :14 après la fin des programmes “la DeuJ” à 18 :32 :03;

– d'un tunnel publicitaire diffusé le 20 janvier 2006 à 18 :33 :46 immédiatement après la fin des programmes “la DeuJ” à 18 :33 :45.

Je souhaiterais connaître vos commentaires à cet égard.»

Le 15 février 2006, l'administrateur général de la requérante répond ce qui suit :

«Comme le montre le visionnement des émissions que vous épinglez, ces écrans de publicité ne suivent pas immédiatement “une émission spécifiquement destinée aux enfants”, seul type de programme concerné par

* Texte arrêté au 30.06.2010.



l'article [29.6 du contrat de gestion de la RTBF]. En l'espèce, il s'agit d'une série animée tous publics "Funky cops" d'une durée de 26 minutes».

Le 1^{er} mars 2006, l'agent précité rédige un document intitulé «Rapport du secrétariat d'instruction», relatif à la «diffusion d'écrans publicitaires juste après la fin du programme "La DeuJ"» par la requérante. Le 8 mars 2006, le Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. décide de notifier le grief suivant à la requérante :

«Avoir diffusé sur le service La Deux, les 16, 17, 18, 19 et 20 janvier 2006 au moins, des écrans publicitaires en contravention à l'article 29, 6° du contrat de gestion de la R.T.B.F approuvé par l'arrêté du 11 octobre 2001 [...]».

Ce grief est notifié par un courrier recommandé daté du 8 mars 2006. La requérante est invitée à comparaître devant le Collège d'autorisation et de contrôle le 19 avril. Par un courrier recommandé du 6 avril, la requérante adresse un «mémoire en réponse» à la partie adverse, dans le souci de défendre son point de vue. Le 19 avril, le Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. entend la requérante au sujet des faits qui lui sont reprochés. Lors de cette audience, celle-ci est représentée par un de ses agents. Le même collège délibère le 3 mai et prend sa décision le 24 mai.

Cette décision est rédigée comme suit :

«Vu le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, et en particulier les articles 133, §1^{er}, 10° et 156 à 160;

Vu le rapport d'instruction établi par le secrétariat d'instruction du Conseil supérieur de l'audiovisuel;

Vu le grief notifié à la RTBF par lettre recommandée à la poste le 8 mars 2006 :

«d'avoir diffusé sur le service La Deux, les 16, 17, 18, 19 et 20 janvier 2006 au moins, des écrans publicitaires, en contravention à l'article 29 6° du contrat de gestion de la RTBF approuvé par l'arrêté du 11 octobre 2001 portant approbation du contrat de gestion de la RTBF»;

Entendu Monsieur Stéphane Hoebeke, chef de service, en la séance du 19 avril 2006.

1. Exposé des faits

La RTBF a diffusé, sur le service La Deux, vers 18h30 les 16, 17, 18, 19 et 20 janvier

2006 au moins, des écrans publicitaires moins de cinq minutes après la diffusion du programme "Futurama". Ce programme est inclus dans la tranche horaire accompagnée de l'habillage "La DeuJ".

2. Argumentaire de l'éditeur de services

Selon l'article 29 6° du contrat de gestion de la RTBF, "les écrans publicitaires et de parrainage sont interdits de diffusion durant une période de cinq minutes qui précède et qui suit une émission spécifiquement destinée aux enfants".

Selon l'éditeur, "s'agissant d'une interdiction au principe de la liberté de diffusion de publicités", cet article "doit faire l'objet d'une interprétation stricte et non abusivement large". La RTBF précise que l'article ne fixe pas de limites d'âge particulière lorsqu'il se réfère aux enfants mais qu'il est communément admis que les enfants visés par l'article 29 6° du contrat de gestion sont des enfants de moins de douze ans, cette notion se distinguant de celles utilisées par d'autres dispositions légales, décrétales ou réglementaires, de "mineurs", de "jeune public" ou "d'adolescent".

Selon la RTBF, le programme "Futurama" qui précède les écrans publicitaires incriminés est "un programme non pas destiné aux moins de douze ans mais un programme tout public ou, à tout le moins, un programme destiné aux enfants de 6 à 14 ans. Futurama a été créé par le même auteur que les Simpsons (Matt Groening) et il ne saurait être admis que ce type de programme a, au vu de son contenu, de son scénario, de ses dialogues, de son écriture et de son style, soit réservé aux moins de 12 ans".

L'éditeur ajoute que "depuis que La DeuJ existe – soit depuis septembre 2004 – la RTBF a toujours veillé à respecter l'article 29 6° du contrat de gestion.

Aucun programme spécifiquement destiné aux moins de douze ans n'a fait l'objet de publicité ou de parrainage cinq minutes avant ou après lesdits programmes.

Depuis que La DeuJ existe, le premier écran publicitaire est diffusé vers 18h30, nécessairement après un programme autre que destiné spécifiquement aux enfants. Ce fut aussi le cas en l'espèce".

3. Décision du Collège d'autorisation et de contrôle

La RTBF ne conteste pas avoir diffusé, sur le service La Deux, dans le cadre de la tranche horaire accompagnée de l'habillage "La DeuJ", vers 18 h 30 les 16, 17, 18, 19 et 20 janvier 2006 au moins, des écrans publicitaires moins de cinq minutes après la diffusion du programme "Futurama" (diffusé à 18 h 10).

La tranche horaire accompagnée de l'habillage "La DeuJ" est définie par l'éditeur notamment dans son rapport annuel comme "une émission de plateau visant un public de 6-14 ans". Dès lors qu'elle estime que les programmes destinés aux enfants sont communément admis comme concernant des enfants de moins de douze ans, la RTBF ne peut sans contradiction, en même temps affirmer que "La DeuJ" constitue une émission visant un public de 6-14 ans et que les programmes qui sont diffusés dans le cadre de cette émission ne seraient pas destinés aux enfants, autrement dit les téléspectateurs de moins de 12 ans, alors que ceux-ci constituent, de l'aveu même de l'éditeur, l'essentiel du public visé.

L'application de l'article 29 6° du contrat de gestion ne se limite pas aux seules émissions que la RTBF qualifierait elle-même de programme spécifiquement destiné aux enfants. L'appréciation de la qualification des programmes au regard des critères décrétaux ou inscrits dans son contrat de gestion relève certes en première ligne de l'appréciation raisonnable de l'éditeur lui-même. Ce pouvoir d'appréciation ne dispense cependant pas la RTBF du contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel tel qu'institué par le décret du 23 février 2003 sur la radiodiffusion.

Le fait qu'un programme publicitaire ait immédiatement suivi la fin du dessin animé "Futurama" est avéré. Ce dessin animé, tant par le caractère à la fois simpliste et naïf de son synopsis tel qu'adéquatement résumé dans le rapport du secrétariat d'instruction, que par les caractères et le mode d'expression enfantins de ses "personnages", est à l'évidence principalement sinon exclusivement destiné à un public enfantin.

Ni le fait que l'auteur du programme "Futurama" soit également l'auteur d'autres

programmes le cas échéant destinés à d'autres publics, ni l'affirmation péremptoire de l'éditeur selon laquelle il respecte ici et par ailleurs l'article 29 6° du contrat de gestion, ni la mise en œuvre de l'habillage "La DeuJ" – nullement contradictoire en ce qu'il déclare signaler un programme destiné à la jeunesse dont l'enfance constitue la plus large partie – n'énervent ce constat.

Enfin, la protection des mineurs ne constitue pas une exception à la liberté d'expression, qu'il conviendrait à ce titre d'interpréter restrictivement, mais un principe autonome dont l'interprétation doit être celle qui permet d'atteindre l'objectif visé, à savoir notamment la protection effective des enfants face aux sollicitations publicitaires à l'égard desquelles ils sont supposés disposer d'un moindre discernement; cette protection s'impose de manière d'autant plus grande lors des programmes spécifiquement destinés aux enfants, durant lesquels l'accompagnement d'adultes est moins probable.

Le grief est établi.

Compte tenu de la nature du manquement et de l'absence de condamnation de l'éditeur pour des faits de même nature, le prononcé d'une amende et la diffusion d'un communiqué constituent une sanction adéquate.

En conséquence, le Collège d'autorisation et de contrôle, après en avoir délibéré, déclare le grief établi et condamne la RTBF à une amende de cinq mille euros (5.000 €) et à la diffusion du communiqué suivant :

"La RTBF a été condamnée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour ne pas avoir respecté l'interdiction de ne pas diffuser de publicité dans les cinq minutes qui précèdent ou qui suivent les émissions spécifiquement destinées aux enfants".

Ce communiqué doit être affiché et lu, pendant 30 secondes, immédiatement avant la diffusion sur La Deux du programme diffusé à 20 h 45, à trois reprises dans les 90 jours de la notification de la présente décision.

Copie des diffusions de ce communiqué doit être transmise au Conseil supérieur de l'audiovisuel dans la semaine qui suit la dernière diffusion.»

Cette décision constitue l'acte attaqué. Elle a été notifiée à la requérante par un courrier recommandé du 24 mai 2006.

Le 6 juin 2006, la Communauté française a invité la requérante à lui verser l'«amende administrative de 5000 euros» au paiement de laquelle elle a été condamnée.

Considérant que la partie adverse conteste que la décision d'introduire le recours ait valablement été prise par l'administrateur général de la requérante; qu'elle soutient qu'en vertu de l'article 10, § 1^{er}, du décret du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française, c'est le conseil d'administration de la RTBF qui doit prendre la décision d'agir en justice, et que l'administrateur général ne peut prendre une telle décision que dans le cadre de la gestion journalière de l'institution;

Considérant que l'article 10 du décret du 14 juillet 1997 dispose comme suit en ses paragraphes 3 et 4 :

«§3. Le Conseil d'administration établit un règlement d'ordre intérieur; ce règlement fixe les limites et les formes dans lesquelles il délègue certaines de ses attributions à d'autres organes de l'entreprise ou à des membres du personnel.

Il règle aussi les procédures à respecter dans les cas où le conseil prend une décision sur proposition de l'administrateur général, en particulier les délais et les dispositions à prendre en cas de carence.

§4. Toutefois, le Conseil d'administration ne peut déléguer :

1. l'approbation du contrat de gestion et de ses modifications;

2. l'approbation du budget et des comptes annuels de l'entreprise;

3. a définition de la politique générale de l'entreprise;

4. l'approbation des grilles de programmes de l'entreprise;

5. l'adoption du statut du personnel, du statut syndical et du règlement de travail;

6. l'établissement des règles qui assurent l'indépendance des journalistes.»

Considérant que le pouvoir d'agir en justice n'est pas de ceux qu'il est interdit au conseil d'administration de déléguer par un règlement d'ordre intérieur; que l'article 13, §2, des règlements d'administration et de procédure de la RTBF,

approuvés par le conseil d'administration de la RTBF en sa séance du 19 juin 2003, dispose que «l'administrateur général représente l'Institut dans les actes judiciaires et extrajudiciaires»; que ce pouvoir de représentation implique celui de décider d'intenter une action en justice; que, par tant, la requête introduite par la RTBF, «représentée par son administrateur général, Monsieur Jean-Paul Philippot», est recevable; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que la requérante prend un moyen unique «du défaut de motivation, de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation du principe général de bonne administration»; qu'elle soutient en substance que la partie adverse s'est fondée sur une hypothèse inexacte en prenant l'acte attaqué; qu'elle conteste l'interprétation qui a été donnée par cette partie de l'article 29.6 de son contrat de gestion; qu'elle considère que l'émission Futurama qu'elle a diffusée n'est pas spécifiquement destinée aux enfants au sens de cette disposition; qu'elle écrit que dès lors que cette dernière disposition établit «une limitation au principe de la liberté de diffusion de publicités applicable à [elle seule] en Communauté française», elle doit faire l'objet d'une interprétation restrictive; qu'elle poursuit son raisonnement en précisant que son contrat de gestion «ne fixe pas de limite d'âge [...] lorsqu'il se réfère aux enfants»; qu'elle écrit qu'il découle de l'avis n° 2/2002 de la partie adverse portant le Code d'éthique de la publicité audiovisuelle à destination des enfants, que les émissions pour enfants sont comprises comme celles qui «de l'avis du radiodiffuseur, sont destinées à un auditoire d'auditeurs ou de téléspectateurs âgés de moins de 12 ans»; qu'elle attire l'attention sur la portée des mots «de l'avis du radiodiffuseur»; qu'elle en déduit que «dans le respect du Code d'éthique de la publicité audiovisuelle à destination des enfants», il n'appartenait pas à la partie adverse «de se substituer à [elle] dans l'appréciation de la catégorie d'âge applicable au programme Futurama»; qu'elle ajoute que l'article 29.6 de son contrat de gestion doit s'interpréter de manière plus restrictive que le Code d'éthique de la publicité audiovisuelle à destination des enfants; qu'elle relève également que la partie adverse a fait référence à

son rapport annuel de 2004, relatif notamment au programme «la DeuJ» pour justifier la décision attaquée; qu'elle ne comprend pas pourquoi cette partie a fait état de ce document «pour considérer que Futurama est un programme visant les enfants de moins de 12 ans»; qu'elle écrit qu'au moment des faits litigieux, en janvier 2006, la DeuJ couvrait tout le champ du secteur dit de la «jeunesse», qui englobe tous les moins de 18 ans; qu'elle poursuit son raisonnement en précisant que la DeuJ est un programme qui comporte diverses émissions pour jeunes, dont certaines sont spécifiquement destinées aux plus petits et d'autres sont ouvertes aux plus grands, et que l'émission Futurama n'est pas spécifiquement destinée aux enfants de moins de 12 ans; qu'en ce sens, elle fait état du contenu de la programmation de la DeuJ, dans le souci de montrer que les émissions précédant l'écran publicitaire de 18 h 30 sont de manière constante «non spécifiquement destiné(e)s aux enfants de moins de 12 ans»; qu'elle écrit notamment que l'émission litigieuse Futurama «constituait une rediffusion d'une série déjà diffusée dans le cadre de La DeuJ» en septembre 2004; qu'elle s'étonne dès lors que la partie adverse n'a pris aucune mesure à son encontre dès 2004; que, dans la même perspective, elle mentionne que l'émission Futurama «a également fait l'objet d'une diffusion partielle sur La Deux à 20 h 15' entre le 5 avril et le 17 mai 2005, soit à une heure de diffusion peu compatible avec un programme “spécifiquement destiné aux moins de 12 ans”»; qu'elle reproche également à la partie adverse de s'être fiée «exclusivement à un synopsis publié sur un site internet» pour qualifier l'émission Futurama de «spécifiquement destinée aux enfants de moins de 12 ans»; que, dans le souci de démentir ce constat, elle mentionne notamment que «Futurama a été créé par le même auteur que les Simpsons (Matt Groening) et [qu']il ne saurait être admis que ce type de programme au vu de son contenu, de son scénario, des ses dialogues, de son écriture et de son style, soit réservé aux moins de 12 ans ou “spécifiquement destiné” à ceux-ci»; qu'à l'appui de son argumentation, elle joint également une copie VHS et un DVD de l'émission Futurama à son dossier et elle en reproduit le

synopsis; qu'elle cite la banque de données www.imdb.com qui recense les classifications faites de Futurama dans divers pays du monde; qu'une nouvelle fois, elle considère à l'appui des éléments qu'elle invoque que Futurama ne pas être considérée comme une émission conçue «spécifiquement pour des enfants de moins de 12 ans»;

qu'à titre subsidiaire, elle considère qu'au cas où une infraction pourrait être considérée comme établie, la sanction qui lui a été infligée serait disproportionnée par rapport aux faits qui lui sont reprochés; qu'elle indique notamment que la partie adverse disposait de la possibilité de lui adresser un avertissement, et que cette sanction eût été plus adaptée; qu'en ce sens, elle relève que la disposition que la partie adverse lui reproche de ne pas avoir respecté n'existe que depuis 2003 et qu'entre 2003 et 2006 «aucune plainte de quelque nature que ce soit et aucune intervention du C.S.A. [...] n'ont été répertoriées»; qu'elle considère que la partie adverse est sortie du rôle que lui assigne la législation applicable, et qu'elle a procédé à une instruction purement à charge, visant essentiellement à la sanctionner;

qu'en réplique, elle considère qu'elle n'entend aucunement donner à l'article 29.6 de son contrat de gestion une interprétation aussi restrictive que possible, mais estime que la partie adverse donne à cette disposition une interprétation extensive qui n'est pas acceptable; qu'elle précise que les «enfants» qui sont visés à cet article sont des enfants «de moins de 12 ans», et rappelle à ce sujet le point c) du Code d'éthique de la publicité audiovisuelle à destination des enfants, selon lequel les «émissions pour enfants» sont celles qui «sont destinées à un auditoire d'auditeurs ou de téléspectateurs âgés de moins de 12 ans» «de l'avis du radiodiffuseur»;

Considérant que la partie adverse, après avoir cité l'article 156, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, ainsi que l'article 29.6 du contrat de gestion de la RTBF, répond qu'elle ne peut «avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que constitue “une émission spécifiquement destinée aux enfants” un programme qui, de l'aveu de la requérante, est “un programme tous publics ou, à tout

le moins, un programme destiné aux enfants de 6 à 14 ans»»; qu'elle considère «absurde de soutenir que, dès lors que les enfants seraient ceux qui sont âgés de moins de 12 ans, l'émission ne serait pas "spécifiquement destinée aux enfants" là où elle serait destinée aux enfants de 6 à 14 ans»; qu'elle ajoute que «l'interdiction d'écrans publicitaires de moins de 5 minutes a pour objectif la protection des mineurs», qu'«il ne s'agit en rien d'une exception à la liberté d'expression qu'il conviendrait d'interpréter restrictivement mais d'une règle» destinée à assurer «la protection effective des enfants» face «aux sollicitations publicitaires»; qu'elle écrit que l'article 29.6 du contrat de gestion de la requérante ne se limite pas «aux seules émissions que [cette partie] qualifierait elle-même de programme spécifiquement destiné aux enfants»; qu'elle soutient en substance que ce n'est pas seulement au diffuseur de déterminer si une émission est ou non spécifiquement destinée aux enfants, et qu'il lui appartient quant à elle de porter une appréciation sur la qualification d'un programme sans être liée par celle effectuée par son éditeur; qu'elle précise qu'elle ne s'est pas arrêtée à la lecture du synopsis du dessin animé en cause pour apprécier à quel public il était destiné, et indique que «la circonstance prétendue que d'autres violations de son contrat de gestion n'ont pas été censurées» «ne pouvait pas laisser croire à [la requérante] qu'elle pouvait, sans difficulté, méconnaître les obligations que le contrat de gestion met à sa charge»; qu'elle termine en écrivant que «dans la mesure où le moyen devrait être interprété comme querellant la légalité de l'article 29.6 du contrat de gestion de [la requérante]» il doit être jugé irrecevable;

Considérant que si le moyen invoque le défaut de motivation, l'erreur manifeste d'appréciation et la violation du principe général de bonne administration – ce dernier sans autre précision –, ses développements et la réponse de la partie adverse révèlent que, bien plus que ces règles de droit fort générales, c'est très précisément la mauvaise application de l'article 29.6 du contrat de gestion de la RTBF qui est dénoncée; que cette disposition est en effet la seule qui interdise la diffusion de publicités dans les cinq minutes qui suivent une

émission spécifiquement destinée aux enfants; qu'il convient d'interpréter le moyen comme pris aussi – et surtout – de la violation de cette disposition;

Considérant qu'il convient d'examiner si la violation de ce contrat de gestion est susceptible de fonder un moyen d'annulation devant le Conseil d'Etat; Considérant que le décret du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio- Télévision belge de la Communauté française prévoit que le contrat de gestion a pour objet, entre autres, de «fixer des conditions» (art. 6, § 1^{er}), de «déterminer des règles et modalités» (art. 8, § 1^{er}), de «préciser des principes généraux» (art. 8, § 2), de «préciser la mission de service public» (art. 22, § 2), de «régler l'affectation des bénéfices» (art. 26), ainsi que de «définir les droits et obligations de chacune des parties» (art. 3), de fixer «les sanctions en cas de non-respect par une partie de ses engagements...» (art. 8, § 3); qu'il indique aussi que le contrat est conclu pour une durée de trois à six ans (art. 9), qu'il est «négocié par l'administrateur général» (art. 17, § 1^{er}), soumis à la consultation de la commission paritaire, approuvé par le conseil d'administration (art. 11, § 4), qu'il «n'entre en vigueur qu'après son approbation par arrêté du Gouvernement, et à la date fixée par celui-ci» et qu'«il est publié au *Moniteur belge*» (art. 9, § 3); qu'il précise par ailleurs que «toute clause résolutoire expresse dans le contrat de gestion est réputée non écrite» et que «l'article 1184 du Code civil n'est pas applicable au contrat de gestion» (art. 8, § 4); que par son contenu, le contrat de gestion détermine de multiples obligations de la RTBF qui constituent sa mission de service public – notamment celle de ne pas diffuser de publicité dans les cinq minutes qui suivent une émission spécifiquement destinée aux enfants –, et celles de la Communauté française, qui consistent principalement en le paiement de subventions et la garantie d'emprunts;

Considérant qu'en ce qui concerne la conclusion du contrat de gestion, le décret déroge à plusieurs éléments fondamentaux de la liberté contractuelle, notamment en ce qu'il impose la conclusion d'un tel contrat, qu'il fixe sa durée et en ce qu'il détermine d'autorité l'organe de la

RTBF qui est compétent pour le négocier et pour l'approuver; qu'en ce qui concerne son contenu, il consiste globalement en des dispositions nécessaires à l'exécution du décret; qu'il n'y aurait pas eu d'incongruité à ce que le décret prévoie que ces dispositions figurent dans un arrêté réglementaire; que l'entrée en vigueur du contrat de gestion est subordonnée à son approbation par arrêté du gouvernement et à sa publication au *Moniteur belge*; que les conditions résolutives expresses et la condition résolutoire tacite de l'article 1184 du Code civil sont écartées;

Considérant qu'il ressort de cet ensemble d'éléments que le contrat de gestion s'écarte sur des points fondamentaux du droit commun des contrats; que l'élément qui l'en rapproche le plus est son élaboration, qui fait appel à une négociation entre la Communauté française et l'administrateur général de la RTBF; qu'une fois son texte établi, il fait l'objet d'une approbation par arrêté du gouvernement, c'est-à-dire, en la forme, d'une tutelle administrative, dont la portée, quant au fond, semble redondante, puisque le gouvernement est appelé à donner son approbation à un texte auquel il a déjà donné son consentement, lequel est un élément constitutif de la formation du contrat de gestion; que la publication au *Moniteur belge* témoigne que ce document est de nature à intéresser d'autres personnes que ses signataires; que par ailleurs, l'article 133, § 1^{er}, 10°, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion charge le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel «de constater toute violation aux lois, décrets et règlements en matière de radiodiffusion et tout manquement aux obligations découlant d'une convention conclue entre la Communauté française et un éditeur de services, du contrat de gestion de la RTBF, de la convention conclue entre le Gouvernement et chacune des télévisions locales ainsi que d'engagements pris dans le cadre d'une réponse aux appels d'offres visés par le présent décret»;

Considérant que, nonobstant sa dénomination, le «contrat de gestion» n'apparaît pas comme un texte de nature contractuelle, mais comme la source de multiples obligations qui s'imposent à la requérante, dont l'inexécution ne peut être

sanctionnée par les procédés contractuels de droit commun, et au respect desquelles le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui est un organisme tiers au contrat de gestion, est chargé de veiller de la même manière qu'il veille au respect des lois, décrets et règlements en matière de radiodiffusion; que ce «contrat de gestion» est en réalité un règlement particulier applicable à la seule RTBF, dont l'élaboration est négociée avec elle; que, dans la mesure où elles imposent des obligations ou interdictions, les règles qu'il contient sont de nature réglementaire, et que les décisions qui enfreignent ces règles ou en donnent une mauvaise application sont entachées d'excès de pouvoir;

Considérant qu'il n'est pas contesté que des publicités ont suivi immédiatement l'émission «Futurama» sur «la Deux», à cinq reprises en janvier 2006; qu'en revanche, la requérante conteste que cette émission soit «spécifiquement destinée aux enfants» au sens de l'article 29.6 du contrat de gestion; Considérant que la présentation de la série, sous les intitulés «synopsis» et «la série», est la suivante :

«Synopsis

Véritable loser du 20^e siècle, le livreur de pizza Philip Fry qui se congèle tout seul par inadvertance et se réveille 1000 ans plus tard, en l'an 3000. Embauché dans l'entreprise Planet Express, société de livraison de colis intergalactiques dirigée par son arrière, arrière, arrière, arrière (...) petit neveu, Fry a pour amis et collaborateurs Leela, une extraterrestre cyclope experte en arts martiaux et Bender, un robot obsédé sexuel et alcoolique. Ensemble, ils visitent les quatre coins de l'univers.

La série

Créée par Matt Groening (LES SIMPSON), FUTURAMA s'est imposée en seulement trois saisons comme la série la plus déviante et la plus iconoclaste de Groening. L'univers pantagruélique de FUTURAMA se nourrit de tout un pan de la culture populaire de science-fiction (cinéma, TV et littérature) et offre à Matt Groening une liberté de ton que le statut "familial" des SIMPSON lui interdit. Exposant un monde – et des personnages – purement fantaisistes, FUTURAMA se permet les excentricités les plus délurées, un sarcasme assumé et des idées

inavouables (références sexuelles à gogo, alcoolisme notoire, monstres libidineux, gags potaches...).»;

Considérant que cette présentation très synthétique, avec les allusions à la sexualité et l'alcoolisme, ne suggère pas qu'il s'agisse d'une série spécifiquement destinée aux enfants; qu'elle viserait plutôt un public de jeunes ou d'adultes au tempérament quelque peu puéril;

Considérant que les cinq épisodes de la série Futurama qui ont été suivis immédiatement de publicités figurent sur un DVD qui a été versé au dossier; qu'il s'agit de dessins animés qui mettent en scène des personnages à forme humaine et d'autres qui sont des êtres imaginaires mais proches des humains; l'un d'eux est un robot; l'héroïne principale est une cyclope; que ces personnages vivent des aventures dans un monde fictif qui s'inspire de la *Guerre des étoiles* ou de l'*Odyssée de l'espace*; que la mise en scène, l'univers fantastique et la nature des protagonistes sont de ceux qui peuvent peupler une émission pour enfants;

Considérant que dans l'épisode diffusé le 16 janvier 2006, les personnages vont sur une autre planète combattre des créatures monstrueuses en forme d'abeilles géantes; que le scénario fait appel à trois niveaux de fiction; que le récit commence dans le monde imaginaire où les personnages évoluent, et comporte plusieurs séquences où l'on glisse, parfois sans trop savoir à quel moment, dans les rêves de l'héroïne principale, le retour à la «réalité» étant, lui, nettement mentionné; qu'à la fin de l'épisode, il apparaît que la majeure partie de celui-ci – environ les deux tiers –, et notamment les passages où le récit cède la place aux rêves de l'héroïne, est elle-même un rêve de la même héroïne; que cette révélation que l'héroïne rêvait qu'elle rêvait, implique de la part du spectateur, une réinterprétation de ce qu'il a vu au cours des douze ou treize dernières minutes; qu'il s'agit là d'un montage narratif complexe dont le sens ne peut être perçu que par des spectateurs avisés; qu'il est douteux que des enfants puissent en percevoir la portée dès la première vision – et il ne s'agit pas d'œuvres qui ont vocation à être vues plusieurs fois –;

Considérant que dans la partie de l'épisode dont il apparaîtra ultérieurement qu'elle est un

rêve, le héros principal meurt, et l'on assiste à ses funérailles selon un rituel proche d'un enterrement terrestre, avec cortège funèbre, office religieux et oraison funèbre; que la suite met en scène le désarroi et les affres de l'héroïne face à ce drame dont elle se sent responsable; que s'il arrive que des personnages meurent dans les émissions spécifiquement destinées aux enfants, ce sont généralement les ennemis et les créatures malfaisantes, animaux, monstres ou dragons en tous genres, mais jamais le sympathique héros du récit; que la mort et le trouble qu'elle jette parmi les proches du défunt ne sont pas, loin s'en faut, des thèmes spécifiques aux émissions pour enfants;

Considérant qu'à la fin de l'épisode, l'héroïne émerge du sommeil hanté du rêve qui constitue environ les deux tiers de l'épisode; que le héros qu'on avait cru mort et elle se déclarent leur amour, et l'épisode s'achève, sur un écran devenu noir, par le dialogue suivant :

«Elle : Tu devrais peut-être aller prendre une douche?

Lui : Tu m'accompagnes?»;

que cette dernière réplique, qui ne peut manquer de rester à l'esprit du spectateur, à la fois parce qu'elle est la dernière et que l'écran est vide, a un sous-entendu érotique qui ne cadre manifestement pas avec une émission spécifiquement destinée aux enfants;

Considérant que cet épisode ne peut, pour ces trois raisons, être considéré comme «spécifiquement destiné aux enfants»;

Considérant que dans l'épisode diffusé le 17 janvier 2006, des boîtes magiques provoquent la duplication de l'univers et des personnages, le récit passe de l'univers des personnages à l'univers dédoublé – «parallèle» dit-on dans l'émission – où les personnages rencontrent leurs *alter ego*, ce qui entraîne des rapports tantôt hostiles, tantôt fraternels, entre les personnages de la série et leurs doubles respectifs; que si aucun élément inconvenant pour des enfants n'apparaît, le récit est passablement complexe, et le spectateur a parfois du mal à distinguer les personnages originaux de leurs doubles; qu'il est douteux que des enfants puissent comprendre le changement de monde au moment où il s'opère, surtout qu'à ce

moment, la nature du dispositif magique en question n'a pas encore été expliquée et que les dialogues entretiennent délibérément l'équivoque, les personnages de l'univers «parallèle» qualifiant de «vrais» personnages ceux de leur univers «parallèle»;

Considérant que dans l'épisode diffusé le 18 janvier, les personnages deviennent riches et s'offrent de multiples choses plus futiles les unes que les autres; l'un des héros de la série se drogue au café, un autre se fait rajeunir; que d'autres encore veulent plus qu'ils ne peuvent s'acheter et volent, le tout s'achevant par la destruction généralisée des futilités; que l'épisode est émaillé de comportements contraires aux bons usages; qu'on y voit notamment un des nouveaux riches fumer un gros cigare et souffler la fumée au visage des autres personnes, cette façon d'agir étant présentée comme comique; qu'à plusieurs reprises des personnages s'embrassent sur la bouche, et une scène les fait disparaître en se couchant l'un sur l'autre plus bas que l'écran; que de telles scènes ne peuvent être considérées comme spécifiquement destinées aux enfants; qu'il en va de même du thème du vieillissement abordé ici par le biais d'une crème de jouvence; que la présentation du tabagisme sous un jour positif est même radicalement écartée des émissions pour enfants;

Considérant que dans l'épisode diffusé le 19 janvier, des extra-terrestres fabriquent une substance aphrodisiaque... dont les effets sont montrés à l'écran; qu'ils envisagent ultérieurement d'amputer le héros de son membre viril, menace dont celui-ci n'est sauvé *in extremis* que par l'ardeur retrouvée des monstres qui s'accouplent à l'écran; que les multiples allusions sexuelles ne permettent raisonnablement pas de considérer qu'il s'agisse d'une émission spécifiquement destinée aux enfants;

Considérant que l'épisode diffusé le 20 janvier met en scène un robot masculin qui se fait transformer en femme et gagne l'amour d'un robot richissime, pour le dépouiller de sa fortune, avant d'être à nouveau converti en robot masculin; qu'il aborde ainsi sous une forme burlesque la thème de la transsexualité, dont on ne peut raisonnablement considérer qu'il soit un sujet convenable

pour une émission spécifiquement destinée aux enfants;

Considérant que la conclusion s'impose que les épisodes de l'émission Futurama qui ont été suivis de publicités ne peuvent être qualifiés d'émissions spécifiquement destinées aux enfants; qu'en estimant que la requérante a diffusé cette émission en contravention à l'article 29.6 du contrat de gestion, la partie adverse a fait une fausse application de cette disposition; qu'en estimant qu'une telle émission «est à l'évidence principalement sinon exclusivement destinée(e) à un public infantin», elle a en outre commis une erreur manifeste d'appréciation; que le moyen est fondé,

DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise le 23 mai 2006 par le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui a condamné la RTBF à une amende de 5.000 euros et à la lecture, à trois reprises, d'un communiqué sur antennes, pour avoir diffusé sur le service La Deux, les 16, 17, 18, 19 et 20 janvier 2006 au moins, des écrans publicitaires, en contravention avec l'article 29.6 du contrat de gestion de la RTBF approuvé par arrêté du 11 octobre 2001 portant approbation du contrat de gestion de la RTBF (...)

*
* *

NOTE

L'arrêt commenté tranche la délicate question de la qualification juridique d'un contrat de gestion, celui qui lie la RTBF à la Communauté française. Initialement instaurée en droit belge pour l'encadrement des entreprises publiques autonomes, cette figure juridique a connu un prompt succès et elle a été reprise dans divers contextes, dans la législation fédérale comme dans les matières communautaires et régionales. L'appellation «contrat de gestion» ne couvre pas nécessairement, dans tous ces cas, une réalité identique. Mais elle suscite toujours une même interrogation : contrat, dit-on, mais encore ? Le droit civil rend-il compte de la nature juridique réelle de cet acte ? S'agirait-il plutôt d'une tech-

nique de «soft law»? D'une nouvelle espèce dans la classe, assez pauvre en droit belge, des contrats administratifs? Ou, plus simplement, d'un règlement qui ne dit pas son nom?

Avant d'analyser ces éléments (B), nous prendrons le temps (A) de situer de manière assez circonstanciée pour quelles raisons la qualification contractuelle ou réglementaire du contrat de gestion constituait une question centrale pour l'issue de ce recours. Le souci de cerner précisément ces raisons a nécessité quelques détours du côté des droits subjectifs et de la répartition des attributions contentieuses, domaine toujours redoutable. Nous espérons que le lecteur nous pardonnera cette longue digression, qui ne nous a pas paru inutile pour compléter les excellents commentaires auxquels la décision annotée a déjà donné lieu ¹.

L'incidence de la qualification du contrat de gestion sur la compétence du Conseil d'Etat

1. Qu'est-ce qui, dans l'arrêt commenté, a amené le Conseil d'Etat à se prononcer sur la nature juridique du contrat de gestion? La juridiction administrative s'est employée à cet exercice afin de vérifier si la violation des dispositions du contrat de gestion liant la Communauté française à la RTBF était susceptible de fonder un moyen d'annulation. À vrai dire, la requérante n'avait pas formulé elle-même le moyen sur cette base : elle se contentait d'invoquer le défaut de motivation, l'erreur manifeste d'appréciation et la violation du principe général de bonne administration. C'est le Conseil d'Etat qui, interprétant la portée véritable de l'argument, a constaté que le moyen était pris «aussi – et surtout –» de la violation d'une disposition du contrat de gestion. Cette observation nous permet de souligner que le Conseil d'Etat opte souvent pour une interprétation relativement libre des moyens soulevés par les requérants, et se laisse volontiers guider par la recherche de l'intention véritable sous-jacente aux termes utilisés, pour autant qu'elle soit suffisamment intelligible pour permettre à la partie adverse de se défendre utilement ².

¹ En particulier celui de D. DEROUY, «Les contrats de gestion des entreprises publiques ne sont pas... des contrats», *J.T.*, 2009, pp. 140 et s.

² Cette technique vient fréquemment au secours de requérants maladroits ou brouillons, elle corrige plus rarement, comme ici, un libellé intentionnellement limité. M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruylant, p. 578.

En l'occurrence, la discrétion de la requérante tenait assurément à sa crainte de voir le moyen déclaré irrecevable s'il était pris directement de la violation du contrat de gestion. La méconnaissance de dispositions contractuelles ne relève-t-elle pas du contentieux des droits subjectifs, échappant *ipso facto* à la compétence du Conseil d'Etat? Implicitement admise par l'arrêt, cette affirmation nous paraît appeler quelques commentaires sur la problématique de la recevabilité des moyens d'annulation.

2. En l'espèce, l'objet du recours est l'annulation d'une décision du Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui inflige à la R.T.B.F. une amende et la diffusion d'un communiqué sur ses antennes. Il s'agit manifestement d'un acte unilatéral émanant d'une autorité administrative. La compétence du Conseil d'Etat n'est pas contestée, dès lors que, contrairement à ce que l'on observe dans de nombreuses autres matières ³, le législateur n'a prévu aucun recours devant les Cours et tribunaux pour contester la légalité de cette décision ⁴. À juste titre, l'arrêt n'a pas soulevé une éventuelle incompétence du Conseil d'Etat qui résulterait du caractère «pénal» (au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme) de la sanction prononcée ⁵.

Comme le relève l'arrêt, la sanction prononcée par le Conseil supérieur ne peut en rien s'analyser comme une pénalité contractuelle, qualification qui exclurait celle de sanction administrative ⁶. Le doute n'est pas permis : le Conseil supérieur n'est pas partie au contrat de gestion, il ne relève pas de

³ Notamment les sanctions administratives communales, celles qui sont prévues en matière sociale, ou encore les amendes fiscales. V. not. (dir.) D. RENDERS, *Les sanctions administratives*, Bruylant, 2007, p. 246. Sur la problématique générale des recours contre ce type de décisions, v. P. BOUCQUEY et P.O. DEBROUX, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », in : *La protection juridictionnelle du citoyen contre l'administration*, La Charte, 2007, pp. 209 et s.

⁴ Le Conseil d'Etat s'était déjà déclaré compétent à cet égard dans un arrêt n° 101.503, du 5 décembre 2001, publié dans *A.P.T.* 2003, pp. 260 et s. avec une importante note d'observations de A. VAGMAN, « Autorité administrative indépendante, amendes administratives et diffusion de scènes de violence gratuite ». Dans cette affaire, où la sanction se limitait à une amende, la question qui s'est posée était de savoir si la possibilité de saisir le juge des saisies d'une opposition à contrainte n'était pas de nature à exclure la compétence du Conseil d'Etat.

⁵ V. en ce sens les arrêts n°s 188.458 et 188.459, *Emery Worldwide Airlines Inc.*, du 4 décembre 2008, qui ont été cassés par l'arrêt du 15 octobre 2009, RG C 09.0019.N.

⁶ D. DEOM et Th. BOMBOIS, «La définition des sanctions administratives», in : *Les sanctions administratives, op. cit.*, n° 28, et les réf. citées.



la personnalité juridique de la Communauté française, et sa décision se fonde directement sur les dispositions du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion⁷. On ne se trouve pas dans la sphère de l'exécution du contrat.

La question de l'incompétence du Conseil d'Etat ne concernait donc pas l'objet même du recours en annulation (l'acte attaqué), mais seulement la recevabilité d'un moyen dirigé contre cet acte (la mauvaise interprétation du contrat de gestion). Pareille problématique est plus rare et peut-être plus complexe encore. On peut en effet s'interroger sur les fondements mêmes de l'idée selon laquelle l'appréciation de certaines critiques de légalité à l'encontre d'un acte administratif unilatéral échappe au Conseil d'Etat.

3. Pareille réserve ne peut s'expliquer que par la compétence exclusive qui revient à d'autres juridictions pour apprécier un aspect de la légalité. L'exemple le plus flagrant, et sans doute le seul qui soit incontestable, est celui de l'acte administratif fondé sur une loi dont la conformité à la Constitution est mise en cause : la connaissance de ce grief échappe au Conseil d'Etat, seule la Cour constitutionnelle étant habilitée à contrôler la constitutionnalité des lois. Mais, bien sûr, le mécanisme de la question préjudicielle évite aujourd'hui au juge administratif d'achopper sur l'impossibilité de statuer.

Il est tentant de conclure, en invoquant la même justification, à l'irrecevabilité de moyens qui mettent en cause le respect de dispositions dont l'application relève des juridictions judiciaires, que ce soit en matière pénale, civile, sociale ou commerciale.

Pareil raisonnement présente une apparence de bon sens : le Conseil d'Etat n'est certes pas le juge naturel de telles questions. Pourtant, à la réflexion, la solution laisse perplexe. Un acte administratif unilatéral encourrait la censure de l'annulation pour la violation de mille règles ou principes touchant à la compétence, à la procédure, aux motifs, mais il serait immunisé au regard d'illégalités peut-être plus graves, parce que

celles-ci sont comminées par des législations étrangères au droit administratif ?

Il faut, nous semble-t-il, distinguer plusieurs hypothèses.

4. Dans certaines circonstances, la contestation porte réellement sur la légalité d'un acte administratif dont le contenu, l'objet même, est taxé de violer de véritables règles de comportement instaurées par le législateur dans les domaines les plus divers, étrangers au droit administratif. Imaginons par exemple une décision en matière de personnel, qui serait en contradiction avec les dispositions pénalement sanctionnées de la loi sur la protection de la rémunération. Ou la mutation d'un agent, décidée en violation de la loi sur le harcèlement moral au travail⁸. Ou encore une décision publique qui enfreindrait la législation sur la concurrence⁹ ou sur les pratiques du commerce¹⁰.

Dans ces cas, le Conseil d'Etat est, nous semble-t-il, indubitablement compétent pour examiner le moyen qui lui est soumis¹¹ : il importe peu que la source de l'illégalité dénoncée réside dans une législation dont il n'est pas le juge habituel, et pas davantage qu'elle soit assortie de conséquences sur lesquelles il ne peut se prononcer. Le contenu de l'acte administratif est critiqué en raison d'une illégalité intrinsèque qui l'entacherait ; si le Conseil d'Etat déclare le moyen irrecevable, il refuse de vérifier la légalité objective de l'acte attaqué et prive donc le requérant du bénéfice d'une protection juridictionnelle que celui-ci ne peut trouver ailleurs. En effet, sauf cas très particuliers, aucun autre juge n'est com-

⁸ L'article 32*terdecies* de la loi du 4 août 1996 interdit notamment à l'employeur de modifier les conditions de travail de l'agent qui a déposé une plainte pour harcèlement, à moins que cette décision ne repose sur des motifs étrangers à la plainte. V. l'arrêt rendu en assemblée générale, n° 183.478, *Gillain*, du 27 mai 2008, et, pour des applications diverses de cette disposition, C.E., n° 119.537, *De Keye*, du 19 mai 2003, n° 130.268, *Finet*, du 13 avril 2004, et n° 186.442, *Leroy*, du 23 septembre 2008.

⁹ L'argument apparaît quelquefois à propos de marchés publics ou de concessions. V. par exemple, à propos du dossier des vélos urbains à Bruxelles, la décision de l'auditorat du Conseil de la Concurrence n° 2008-P/K-72-AUD du 16 décembre 2008, relatif à la plainte de la S.A. Clear Channel.

¹⁰ C. DELFORGE et J.F. Germain, « Le consommateur et les services publics – étude de droit privé », in : (dir.) H. DUMONT et al., *Le service public*, La Chartre, 2009, p. 406 et s.

¹¹ Pour autant que la législation en cause porte une véritable interdiction, qui rend le contenu de la décision illégale, et ne se contente pas d'y attacher certaines conséquences dont le Conseil d'Etat n'a pas à connaître. L'hésitation est parfois permise, notamment si le législateur « se contente » d'assortir le comportement en cause d'une obligation d'indemniser.



pétent pour annuler, *erga omnes* et rétroactivement, l'acte administratif unilatéral qui fait grief.

En cas d'annulation¹², l'arrêt du Conseil d'Etat liera la juridiction compétente pour apprécier les responsabilités et les conséquences spécifiques qui résultent de la législation appliquée. Néanmoins, sa portée restera cantonnée au contentieux objectif. La juridiction pénale, par exemple, restera libre de considérer qu'en dehors des motifs qui ont justifié l'annulation, d'autres éléments constitutifs de l'infraction font défaut, ou que l'imputabilité du comportement délictueux n'est pas établie. Il y a là, sans doute, le risque d'une cacophonie juridictionnelle au moins apparente. Mais il n'est pas pire que celui qui résulte de l'état actuel de la répartition des attributions dans de nombreux autres domaines¹³.

5. Dans d'autres cas, la source même de l'illégalité invoquée n'est pas une interdiction comminée par une règle de droit objectif, mais bien un droit subjectif dont le requérant se prévaut.

L'exemple classique de ce cas de figure est celui du moyen dirigé contre un permis d'urbanisme, parce qu'il autorise une construction qui empiète sur le bien du requérant ou qui viole une servitude conventionnelle stipulée au profit de ce dernier, par exemple dans d'anciens permis de lotir prenant une forme conventionnelle de droit privé. La jurisprudence est constante pour refuser de se prononcer sur de tels moyens¹⁴. La justification du refus peut, toutefois, varier. Le plus souvent, on souligne l'incompétence du Conseil d'Etat pour se prononcer sur les droits subjectifs qui font l'objet de l'argument. Mais une autre pré-

sentation de la question met plutôt en évidence la nature du permis : portant seulement sur la conformité du projet à la législation sur l'urbanisme, il est accordé sans préjudice des droits civils¹⁵, de sorte que la critique formulée est en quelque sorte inopérante. Cette seconde justification est spécifique aux actes permissifs. Elle souligne que le droit subjectif allégué a pour corollaire, non pas une obligation de l'administration, mais bien une obligation du bénéficiaire du permis.

6. Essayons de cerner précisément les hypothèses dans lesquelles la violation d'un droit subjectif est invoquée à l'appui du recours contre des actes administratifs unilatéraux.

Il est banal qu'un requérant invoque l'atteinte illégalement portée par l'administration à sa liberté de commerce, d'association ou d'expression, à son droit à la protection d'un environnement sain, ou à d'autres droits de nature générale. Dans de tels cas, la critique ne porte pas sur le principe d'une restriction administrative aux droits invoqués, mais bien sur la manière dont l'administration a usé de son pouvoir discrétionnaire pour les restreindre. Il n'est, alors, pas question d'incompétence du Conseil d'Etat¹⁶.

La question de la compétence se pose lorsque le requérant allègue au contraire un droit subjectif au sens propre du terme, c'est-à-dire qu'il formule la prétention de pouvoir exiger de l'administration un comportement déterminé. Selon la formule de la Cour de cassation, «l'existence de pareil droit suppose que la partie demanderesse fasse état d'une obligation juridique déterminée qu'une règle du droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie

¹² L'arrêt de rejet, par contre, ne revêt, selon la jurisprudence dominante, pas d'autorité particulière : M. LEROY, *op. cit.*, pp. 761 et s.; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, Larcier, 2008, n° 729 et s.

¹³ Y compris dans les domaines les plus classiques du contentieux de l'excès de pouvoir. Par exemple, lorsque le Conseil d'Etat annule un permis d'urbanisme en raison de son incompatibilité avec un plan particulier d'aménagement, son arrêt lie la juridiction pénale amenée à décider si le bénéficiaire du permis a commis l'infraction de violation directe du plan particulier – quitte à estimer que l'existence du permis est constitutive d'une erreur invincible. On peut aussi penser au contentieux de la responsabilité civile des pouvoirs publics : v. D. DERROY, «La responsabilité quas-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute?», in : *La protection juridictionnelle du citoyen contre l'administration*, La Charte, 2008, pp. 67 et s.

¹⁴ F. HAUMONT, *Urbanisme – région wallonne, Rép. Not.*, XVI, Larcier, 1996, n° 522; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruylant, 1994, pp. 387-388. V. par exemple C.E., n° 28.332, *Royal et csrts*, du 1^{er} juillet 1987; n° 33 047, *Maligo*, du 21 septembre 1989; n° 36.828, *Roma et Moretta*, du 23 avril 1991; n° 70.627, *Bekaoui*, du 12 janvier 1998, et n° 122.057, *Labiouse*, du 8 août 2003.

¹⁵ Le permis ne constituant qu'une autorisation, c'est son bénéficiaire qui assume la responsabilité de sa mise en œuvre. V. C.E., n° 33 357, *Stouthuyzen*, du 9 novembre 1989. V. not. sur cette problématique B. JADOT, «Ordre public écologique et droits acquis», *A.P.T.*, 1983, pp. 22 et s.. Egalement, notre étude en collaboration avec B. PAQUES, «Les permis et autorisations administratives et la réparation des dommages causés aux tiers», *Amén.-env.*, 1995, n° spécial, pp. 47 et s. Par ailleurs, un permis d'environnement (voire, selon certains auteurs, un permis d'urbanisme) peut être annulé parce qu'il autorise une activité susceptible d'engendrer des troubles anormaux de voisinage; mais ceci est inhérent à l'obligation, qui incombe à l'autorité administrative, d'évaluer l'ampleur des nuisances résultant du projet qu'elle autorise.

¹⁶ Encore que... Pour une synthèse récente des difficultés parfois inextricables que suscite l'application de la notion de droit subjectif, v. B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, «Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable du recours» in : *La protection juridictionnelle du citoyen*, *op. cit.*, pp. 17 et s.



a un intérêt. Pour qu'une partie puisse de prévaloir d'un tel droit à l'égard de l'autorité administrative, il faut que la compétence de cette autorité soit liée»¹⁷. Tel est donc le cas lorsqu'un requérant conteste le refus de tel avantage, tel agrément, telle désignation, que l'administration était pourtant, selon lui, contrainte de lui accorder.

Ce cas de figure met directement en cause la compétence du Conseil d'Etat, non pas pour connaître du moyen, mais bien pour connaître du recours. De manière générale, on sait en effet que celui qui s'estime «créancier» de l'administration doit introduire sa demande devant les juridictions judiciaires. Contaminant en quelque sorte le recours tout entier, le moyen pris de la violation d'un droit subjectif à l'égard de l'autorité administrative risque bien d'être interprété comme révélant l'objet véritable de celui-ci, dont la connaissance appartiendrait alors aux seules juridictions judiciaires.

7. Pour classique qu'il soit, ce raisonnement emporte un paradoxe qui résulte directement du glissement opéré de la recevabilité d'un moyen à la recevabilité du recours. Le requérant pourra obtenir l'annulation de l'acte attaqué en raison de toutes sortes d'illégalités objectives, par exemple le vice de la motivation formelle ou l'incompétence de l'auteur de l'acte, mais il échouera si on lui reconnaît un droit subjectif. Le juge compétent, et le résultat qui peut être obtenu¹⁸, dépendent donc de l'argumentation mise en oeuvre, ou plus exactement du bien-fondé de cette argumentation. Le plaideur se trouvera ain-

si placé devant un cruel dilemme, s'il veut contester, au nom d'un droit subjectif imparfaitement assuré, un acte administratif qui présente un vice plus évident de légalité objective¹⁹. Choisit-il le Conseil d'Etat, il risque de se heurter à un constat d'irrecevabilité au motif que l'objet véritable de son recours est la satisfaction de son droit subjectif. Choisit-il le juge judiciaire, il doit tout miser sur son droit subjectif car, faute de pouvoir l'établir, l'intervention du tribunal ne lui sera d'aucune utilité²⁰.

Il convient aussi de souligner que ce raisonnement ne postule pas une incompétence irrémédiable du Conseil d'Etat pour se prononcer incidemment sur des droits subjectifs : il implique le détour par la théorie de l'objet véritable du recours. C'est ce détour qui explique pourquoi il est admis que des droits subjectifs puissent être invoqués sans difficultés à l'encontre d'actes réglementaires²¹, l'objet du recours ne pouvant alors se confondre avec la mise en oeuvre du droit subjectif, par hypothèse individuel.

La même solution doit être adoptée, selon nous, lorsque l'objet du recours n'est pas le refus de satisfaire au droit subjectif invoqué par le requérant, mais bien la faveur indûment accordée à quelqu'un d'autre en violation de ce droit. Tel est le cas lorsqu'un candidat évincé invoque, à l'appui du recours contre une nomination, un droit de priorité qui obligeait à lui donner la préférence. Ou lorsqu'un soumissionnaire moins-disant poursuit l'annulation de l'adjudication d'un marché public au concurrent qu'on lui a préféré. Dans les deux cas, même si l'un des moyens soulevés équivaut pour le requérant à soutenir qu'il avait droit à l'attribution, tantôt de l'emploi, tantôt du marché, il n'y a pas de raison de conclure à l'incompétence du Conseil d'Etat : l'objet du recours concerne d'abord la décision adoptée au profit du tiers, et par là-même il ne

¹⁷ Cass., 20 décembre 2007, RG C 06.0574.F et C 06.0596.F. L'existence du droit subjectif se révèle par l'obligation corrélatrice de l'administration, dont la compétence est alors liée au profit du requérant. On peut discuter, sur le plan de l'existence d'une compétence liée, la pertinence de la position de la Cour de cassation dans l'arrêt C 06.0596.F, où le demandeur poursuivait le paiement de la rémunération afférente à une période d'absence pour maladie que l'administration considérait comme irrégulière. Mais beaucoup plus critique est, nous semble-t-il, l'arrêt C 06.0574.F, dans lequel la question portait sur une mise en disponibilité d'office au terme des congés de maladie : la Cour de cassation semble conclure à l'incompétence du Conseil d'Etat dans cette hypothèse où, si compétence liée il y a, c'est au détriment du demandeur. On n'aperçoit donc pas quel est le droit subjectif, corrélatif à cette compétence liée, que ce dernier pouvait faire valoir. V. Sur cette problématique l'exposé circonstancié de M. LEROY, *op. cit.*, pp. 361 à 391.

¹⁸ On doit évidemment citer ici l'arrêt *Calbert*, n° 190.776, du 25 février 2009, selon lequel seul le Conseil d'Etat peut dire pour droit que l'administration a l'obligation d'accomplir un acte de puissance publique, en l'occurrence nommer le requérant dans un emploi statutaire. Cet arrêt considère que, s'il existe, le droit subjectif d'être nommé est un droit politique dont la connaissance est attribuée au Conseil d'Etat par l'effet de l'article 14 des lois coordonnées.

¹⁹ Ainsi du refus d'une subvention, à laquelle le demandeur pense avoir droit, décidé par une autorité manifestement incompétente.

²⁰ Certes, l'article 159 de la Constitution permet au juge d'examiner les illégalités objectives, et l'y oblige. Mais, à défaut de droit subjectif du demandeur, à quoi condamnerait-il l'administration ? Dans l'exemple cité à la note 15, si le demandeur ne convainc pas le juge qu'il a droit à la subvention, la demande est vouée à l'échec malgré l'illégalité du refus.

²¹ J. SALMON, *op. cit.*, p. 388.

saurait se confondre avec la mise en oeuvre d'un droit subjectif²².

8. Enfin, il se peut que la violation alléguée ne porte pas sur le contenu même de la décision attaquée, mais sur les motifs de celle-ci. Par exemple, le requérant a vu sa soumission écartée au stade de la sélection qualitative, parce que, selon l'administration, il n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses cotisations de sécurité sociale ; or, il ne reconnaît pas les montants que l'O.N.S.S. lui réclame à ce titre. Un étranger se voit refuser le bénéfice du regroupement familial parce que son mariage n'est pas valable au regard du droit belge, ce qu'il conteste. Un permis est refusé parce que le demandeur ne dispose pas d'un droit réel sur le site, alors qu'il prétend au contraire en être propriétaire.

Dans ces situations, le moyen qui invoque une question suspecte de dépasser la compétence du Conseil d'Etat ne la soumet à ce dernier que sous un angle indirect : il s'agit de savoir si l'administration a pu tenir pour vraie une affirmation qui, selon le requérant, méconnaît ses droits ou y porte atteinte.

Dans la pleine logique du contentieux de l'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat est alors amené à vérifier l'usage que l'administration a fait de ses pouvoirs. La question n'est plus de savoir si le Conseil d'Etat peut apprécier le problème soulevé, mais bien de savoir si l'administration pouvait l'apprécier. Dès lors, le fil du raisonnement redevient clair. Ou bien l'administration pouvait se prononcer sur la question, et le Conseil d'Etat doit vérifier si elle l'a fait correctement. Ou bien elle ne pouvait pas s'immiscer dans la question, et sa décision doit être annulée si elle s'y est hasardée à tort.

Ainsi, lorsque la législation subordonne l'octroi d'un avantage à la condition que son bénéficiaire soit (ou ne soit pas) titulaire d'un droit réel immobilier, l'autorité administrative ne peut pas

adopter de décision sans décider si cette condition est rencontrée ou non. Le Conseil d'Etat est alors, à notre avis, compétent pour vérifier si l'administration a correctement exercé ce pouvoir, et cela même si la contestation de fond relève de la compétence exclusive des juridictions judiciaires. Certes, ni l'administration, ni le Conseil d'Etat, ne peuvent trancher eux-mêmes une contestation de propriété. Mais, quand la première ne peut assurer l'application de la loi sans opter pour une décision sur ce point, son appréciation doit être soumise au contrôle du Conseil d'Etat.

Pour reprendre certains des exemples que nous avons cités, nous pensons donc que c'est à juste titre que le Conseil d'Etat s'est dit compétent pour annuler un acte en constatant la validité au moins apparente du mariage que l'administration écartait²³. Et qu'il a constaté l'illégalité commise par l'autorité communale qui fait fi de la contestation pendante à propos du droit de propriété d'un demandeur de permis²⁴.

9. Reste le problème du contrat. Les diverses hypothèses examinées ci-dessus doivent-elles recevoir les mêmes réponses lorsque le droit subjectif vanté par le requérant trouve sa source, non dans la loi, mais dans des stipulations contractuelles ?

Une jurisprudence bien établie dit le recours irrecevable si, émanant du cocontractant²⁵, il est dirigé contre un acte qui s'inscrit dans l'exécution même du contrat, par exemple le refus d'exécuter telle obligation contractuelle²⁶ ou la modification des conditions du contrat²⁷. En règle générale, le même sort est réservé aux recours dirigés contre la résiliation unilatérale de celui-ci²⁸. Quels que

²³ C.E., n° 103.664, du 15 février 2002.

²⁴ C.E., n° 161.405, *Hargot*, du 19 juillet 2006.

²⁵ Le recours de tiers a été admis en matière de marchés publics : C.E., n° 142.998, *S.A. Watco*, du 12 avril 2005., *J.T.* 2005, p. 622, obs. D. LAGASSE.

²⁶ Ainsi, à propos de l'octroi de subventions prévues dans un cadre qui a été jugé contractuel, C.E., n° 145.763, *a.s.b.l. « Une maison en plus »*, du 9 juin 2005.

²⁷ V. par exemple, à propos de la modification des statuts d'une intercommunale, C.E., n° 105.338, *Ville de Malmedy*, du 29 mars 2002.

²⁸ V. cependant, à propos de la résiliation d'une concession domaniale, C.E., n° 174.964, *Rudelopt*, du 25 septembre 2007. L'arrêt souligne que la résiliation se fonde non sur la composante contractuelle de la concession, mais sur sa composante d'autorité, et que les moyens ne sont pas pris de la violation de droits fondés sur le contrat. A l'inverse, la résiliation décidée en vertu d'une clause du contrat échappe certainement à la compétence du Conseil d'Etat : n° 186.074, *A.s.b.l. Tourisme social de Chimay*, du 4 septembre 2008. Le refus de renouvellement d'un contrat a, par contre, été considéré comme un acte détachable : C.E., n° 146.472, *Vanden Hole*, du 23 juin 2005.

²² Souvent plaidée, l'irrecevabilité ne pourrait s'attacher, dans de tels cas, qu'au recours éventuellement dirigé contre le refus implicite d'attribution de l'emploi (ou du marché public) au requérant. Seul ce recours est susceptible d'avoir le même « objet véritable » qu'une action judiciaire par laquelle le requérant exigerait de l'administration l'obtention de l'avantage poursuivi. Comme il est logiquement impossible de satisfaire au droit subjectif du requérant sans annuler l'avantage accordé à son concurrent, ces contentieux nous paraissent devoir rester du ressort du Conseil d'Etat.

soient les moyens invoqués, le recours est alors voué à l'échec à défaut de viser un acte administratif unilatéral, au sens communément admis : l'acte critiqué s'inscrit dans le tissu des relations contractuelles entre les parties. Pour autant, l'existence d'un contrat entre l'autorité administrative et le requérant n'exclut pas a priori l'hypothèse de recours recevables : ainsi, l'élève de l'enseignement libre, pourtant lié à l'établissement scolaire par un contrat, est reconnu recevable à contester devant le Conseil d'Etat le refus de lui délivrer un diplôme. Cet acte «dépasse» en quelque sorte la sphère du contrat et se rattache à une prérogative de puissance publique.

Mais on peut concevoir, à l'inverse, qu'à l'appui d'un recours dirigé contre un véritable acte administratif unilatéral, le requérant soulève un moyen pris de la violation des obligations contractuelles de l'autorité administrative à son égard. Par exemple, le bourgmestre ou le collègue communal interdit l'exploitation d'une salle théâtrale dans un immeuble que la commune a précisément donné à bail avec cette destination. Dans ce cas ²⁹, la théorie de l'objet véritable du recours conduira le Conseil d'Etat à se déclarer incompétent : le résultat recherché par le requérant est bien de faire valoir à l'égard de son co-contractant les droits subjectifs qu'il tient du contrat. Autre chose est de savoir si la violation d'un contrat est susceptible de rendre illégal un acte de police, ce qui paraît des plus discutable ³⁰, de sorte que le moyen pourrait éventuellement être rejeté comme inopérant et le recours, redevenir *ipso facto* recevable pour autant que d'autres vices de légalité objective soient invoqués.

Plus complexe est la situation dans laquelle l'acte unilatéral, prétendument accompli en violation du contrat, intéresse un tiers. Imaginons le cas d'une commune, accordant une autorisation de voirie pour une terrasse de café, alors qu'elle a

conclu avec un concurrent une concession domaniale sur la même parcelle. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus ³¹, nous pensons qu'en pareil cas, la théorie de l'objet véritable ne trouve pas à s'appliquer : le résultat recherché par le requérant s'apparente, certes, à la mise en oeuvre de son droit subjectif résultant ici du contrat, mais l'objet du recours – l'annulation d'un acte unilatéral au bénéfice d'un tiers – ne peut par définition se confondre avec la mise en cause de la responsabilité contractuelle. Quant à la question de la pertinence du moyen, elle se posera a fortiori, car il est parfaitement défendable de soutenir qu'un acte administratif unilatéral, fût-il de nature à engendrer la responsabilité contractuelle de son auteur à l'égard d'un tiers, n'est pas *ipso facto* entaché d'une illégalité justifiant son annulation.

Il se peut encore qu'un acte administratif soit critiqué parce que, non son objet, mais ses motifs, sont taxés de contradiction avec des stipulations contractuelles auxquelles son auteur n'est pas partie. Ainsi de l'autorité de tutelle qui approuverait la modification statutaire d'une intercommunale nonobstant son incompatibilité avec les engagements contractuels pris par celle-ci à l'égard d'un actionnaire privé. Ou du Ministre qui interdirait un match de football pour des raisons de sécurité, en méconnaissance des stipulations de la convention liant l'organisateur au bourgmestre. Ou encore, de l'acte prononçant une amende administrative à charge du propriétaire d'un bâtiment pour n'avoir pas mis l'installation électrique en conformité aux normes, alors que le contrat de bail mettrait cette obligation à charge du locataire.

Dans ces divers cas, la question ne consiste pas tant à constater la violation d'obligations contractuelles qui par hypothèse n'incombent pas à l'auteur de l'acte administratif, mais bien à vérifier si ce dernier était tenu d'avoir égard à des stipulations contractuelles. En termes de droit civil, on parlerait d'opposabilité, voire de tierce complicité. En termes de droit administratif, on abordera plutôt le problème via la notion de motif légalement admissible. L'acte attaqué devait-il tenir compte des clauses du contrat ? Et même, le pou-

²⁹ Comme lorsque le droit invoqué trouve sa source dans la loi : v. *supra*, n° 6, et avec les mêmes conséquences paradoxales : n° 7.

³⁰ Il est douteux, en effet, qu'à défaut de fondement législatif exprès, l'administration puisse lier, par des engagements contractuels, l'exercice de ses prérogatives d'autorité. V. X. DELGRANGE et L. DETROUX, « Les limites constitutionnelles à la privatisation », in : dir.) B. LOMBAERT, *Les partenariats public-privé, un défi pour le droit des services publics*, La Charte, 2005, p. 35 et s., ainsi que notre étude dans le même ouvrage, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des partenariats public privé », pp. 214 et s.

³¹ A propos de droits subjectifs résultant de la loi : n° 7, *in fine*.

vait-il ? On répondra normalement par la négative lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre des prérogatives de police auxquelles une répartition contractuelle des obligations ne peut être opposée valablement. Mais la réponse contraire ne peut être exclue d'office, ne serait-ce que parce qu'il est possible que le législateur lui-même ait, expressément ou implicitement, imposé à l'autorité administrative de tenir compte de clauses contractuelles³². Dans ces cas, le Conseil d'Etat doit à notre avis poursuivre l'examen de la cause. C'est alors au titre de la légalité objective et du contrôle des motifs qu'il pourrait être amené, sans dépasser les limites de ses compétences, à tenir compte des clauses d'un contrat et, le cas échéant, à les interpréter.

10. Dans l'arrêt annoté, la critique articulée par la requérante porte sur l'existence de « l'infraction » qui lui est reprochée.

Sanctionnée pour avoir diffusé une séquence publicitaire dans la tranche horaire de cinq minutes qui suit la diffusion d'une émission spécifiquement destinée aux enfants, ce que lui interdit l'article 29, 6°, de son contrat de gestion, la RTBF conteste le bien-fondé de ce grief. Selon elle, l'émission à laquelle la séquence publicitaire succède n'est pas spécifiquement destinée aux enfants, dans la mesure où elle vise le public des jeunes de 6 à 14 ans. Le litige, ou plus exactement le moyen, porte donc sur l'interprétation d'une obligation mise à la charge de la RTBF par le contrat de gestion.

Ce faisant, la RTBF ne poursuit pas l'exécution d'une obligation contractuelle. Elle critique la manière dont la partie adverse a interprété le contrat de gestion, en tant que support, référence, motif nécessaire de l'acte unilatéral qu'elle conteste. Si l'on nous suit dans les développements qui précèdent, on admettra qu'il n'était pas exclu que le Conseil d'Etat examine le moyen,

³² Pour prendre un exemple parmi beaucoup d'autres, l'octroi d'un permis de location est requis par les articles 9 et suivants du Code wallon du Logement pour « mettre ou donner » certains biens en location. Le champ d'application même de ce dispositif de police administrative est défini par référence à un type de contrat civil. Une controverse sur la nature véritable d'une convention ou sur la portée de ses clauses peut donc rejaillir sur la nécessité d'obtenir un permis de location, et, partant, sur la validité d'un tel permis (ou refus de permis).

même sans écarter la qualification contractuelle du contrat de gestion...

Cette étrange proximité entre un pouvoir de répression administrative et un instrument contractuel n'en pose pas moins problème. Comme nous venons de le rappeler, les autorités administratives sont rarement tenues d'avoir égard à des stipulations contractuelles entre tiers; parfois, la prise en considération de tels arrangements jettera même une véritable suspicion sur l'acte unilatéral... Ici, au contraire, c'est le législateur qui aménage le lien étroit et structurel entre un mode de régulation impliquant des prérogatives d'autorité, en principe pleinement régies par le principe de légalité³³, et un instrument présenté comme un contrat. L'occasion était trop belle d'élucider ce problème et de vérifier si, derrière le masque du contrat de gestion, ne se cachait pas le visage bien connu d'un règlement.

A. La figure juridique du contrat de gestion

11. Lors de son introduction en droit belge, en 1991, la technique du contrat de gestion venait bouleverser le modèle de la tutelle administrative, que la loi du 16 mars 1954 avait érigée en règle pour les organismes d'intérêt public de catégorie B et C³⁴.

À ce contrôle traditionnel de légalité et d'intérêt général, qui n'avait guère fait la preuve de son efficacité, le législateur préférerait, sous l'influence de l'évolution européenne, un mécanisme fondé sur la négociation, la définition d'objectifs, l'instauration d'incitants et de sanctions. Le contrôle de l'Etat s'en trouvait à la fois limité et concrétisé. Au lieu de disposer d'un droit de regard indéfini et dépourvu de références sur la gestion de l'institution décentralisée, l'Etat se préoccuperait désormais de vérifier si elle atteignait des objectifs et remplissait des obligations, dans un cadre programmé de commun accord. La mutation ainsi opérée était idéologiquement très significative : elle témoignait du glissement du service public organique vers le service public fonctionnel, ou

³³ D. RENDERS, M. JOASSART, G. PUJCKE et F. PIRET, « Le régime juridique de la sanction administrative », in : *Les sanctions administratives*, op. cit., pp. 155 et s., spéc. n°s 6 à 15.

³⁴ (dir.) G. PAGANO et D. NUCHELMANS, *Les entreprises publiques autonomes – la nouvelle loi du 21 mars 1991*, Bruylant, 1992; ainsi que « Les entreprises publiques autonomes », C.H. CRISP, 1991, n°s 1321-1322.



de l'émergence d'une conception dans laquelle, fût-il assumé par une entreprise publique, le service public doit être identifiable et quantifiable en marge d'activités commerciales pures³⁵.

Ce changement de perspective s'accompagnait d'un accent lourdement appuyé sur la nature juridique du contrat de gestion : instrument contractuel, soustrait au contrôle du Conseil d'Etat, donnant lieu à une véritable négociation et sanctionné par les voies du droit commun, sous la seule réserve de l'exclusion du mécanisme de la résolution judiciaire prévu par l'article 1184 du Code civil³⁶.

De nombreuses législations, notamment communautaires et régionales, ont repris ce modèle, devenu un paradigme habituel des relations entre une collectivité politique et les organismes décentralisés qui dépendent d'elle³⁷. Il se retrouve dans les secteurs où une institution « faîtière » exerce un rôle d'encadrement d'institutions locales³⁸. Le même instrument peut encore être prévu pour encadrer l'octroi de subventions³⁹.

12. L'analyse privatiste du contrat de gestion a des incidences de divers ordres.

Tout d'abord, elle implique de manière générale l'application du droit des contrats à tous les problèmes touchant tant à la conclusion qu'à l'exécution. Les vices de consentement, la théorie des nullités, le mode de formation du contrat, relèveront donc, au moins pour partie⁴⁰, du droit des

obligations. Quant à l'exécution, il faut considérer dans cette logique que c'est par le biais de sanctions civiles et d'actions judiciaires que l'ensemble des litiges qui s'y rapportent doivent trouver leur issue, même si le réalisme de certaines hypothèses est pour le moins discutable⁴¹. Comme on le lira ci-après, le législateur a cependant, dès l'origine, assorti le contrat de gestion de modes de contrôle qui démentent la vocation exclusive du juge judiciaire pour connaître de telles difficultés.

En outre, l'utilisation du contrat comme mode d'encadrement des prestations de service public pose dès l'abord la question de la situation des usagers. « *Res inter alios acta* », le contrat ne peut créer ni d'obligations ni de droits dans le chef de ceux-ci, principaux intéressés pourtant au bon accomplissement des missions de service public⁴². La question s'est posée de longue date pour les concessions de service public, et justifie largement la nature mixte reconnue à celles-ci : l'identification de clauses réglementaires permet de cerner l'existence d'effets à l'égard des tiers ainsi que l'étendue du droit de modification unilatérale⁴³.

13. Il y a lieu de souligner également que la qualification contractuelle du contrat de gestion n'est pas totalement neutre au regard du droit européen des marchés publics et des concessions. On sait l'importance que revêt, dans cette matière, la nature du lien qui unit le pouvoir adjudicateur au prestataire de services (public ou privé) auquel il choisit de confier une mission quelconque. L'existence d'un « contrat à titre onéreux » constitue en effet, en principe, une condition d'application du droit des marchés publics⁴⁴. En l'absence d'un tel

³⁵ Ce constat est en relation directe avec une évolution plus générale, évoquée ci-dessous (n° 13).

³⁶ Sur le contrat de gestion, v. principalement D. DE ROY, « La nature juridique des contrats de gestion d'entreprises publiques : à la recherche de l'introuvable? », *J.T.*, 2002, pp. 393 et s.; M. HERBIET et A.L. DURVIAUX, *Droit public économique*, La Charte, 2008, n°s 153 et s.; H. MATTHIJS, « De overheidsbedreven : een nieuw management met beheerscontracten of privatiseren », *T.B.P.*, 1997, pp. 307 et s.; Ph. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'administration et la compétence du juge administratif », *T.B.P.*, 2000/1, pp. 39 et s.; L. DERIDDER, « De beheerscontracten in federaal, communautair en gewestelijk perspectief », in : (dir.) S. BAETEN, K. BYTEBIER et K. LEUS, *Onderneming van publiek recht*, Maklu, 2000, pp. 267 et s.

³⁷ Pour une étude de sciences administratives, v. (dir.) Ch. HUYGENS, « Les contrats de gestion : un facteur de performance pour les entreprises publiques de la région de Bruxelles-Capitale? », Larcier, *Cahiers des sciences administratives*, 12/2007, et les conclusions dans un sens globalement affirmatif. V. aussi Ph. QUERTAINMONT, « Les entreprises publiques autonomes – un bilan de l'application de la loi du 21 mars 1991 », *Rev. dr. Comm.*, 1996, pp. 501 et s.

³⁸ En particulier celui du logement social : v. l'étude de P. ZIMMER dans l'ouvrage cité à la note précédente.

³⁹ V. par exemple, pour les provinces wallonnes, l'article L 2223-15 du CWADEL, qui impose la conclusion d'un contrat de gestion avec toute entité bénéficiant de subventions provinciales à concurrence d'un montant atteignant 50.000 euros par an.

⁴⁰ Le cumul de règles de droit administratif et de règles de droit des obligations n'étant évidemment pas exclu, comme pour tout autre contrat souscrit par une personne de droit public.

⁴¹ Comme nous le constatons dans notre étude, « Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes », in : *Les entreprises publiques autonomes*, op. cit., p. D. DE ROY rejoint ce constat (« La nature des prétentions... », art. cité, p. 493, ainsi que Ph. QUERTAINMONT, « Les instruments contractuels... » art. cité, p. 45).

⁴² D. DE ROY, La nature des prétentions de l'usager au bénéfice des prestations de service public : essai de typologie », in : *Le service public*, op. cit., pp. 481 et s., identifie le contrat de gestion comme un des « lieux d'expression des préoccupations relatives aux attentes des usagers » et trouve dans la nécessité de protéger ces derniers une raison d'écarter la qualification contractuelle (p. 494).

⁴³ P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961; M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Story, 1991, pp. 192 à 210; F. BELLEFLAMME, « La concession de service public : quel renouveau? », in : *Le service public*, op. cit., pp. 531 et s.

⁴⁴ ... tout en gardant à l'esprit que les qualifications du droit interne ne sont pas pertinentes telles quelles en droit communautaire, et ne lient donc pas la Cour de Justice. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Larcier, 2006, n° 37.



contrat, l'entité décentralisée peut être considérée comme «substituée» à la collectivité politique, qui peut alors recourir à ses services, même moyennant rémunération, sans devoir la mettre en concurrence⁴⁵. Certes, le droit communautaire dit des concessions, qui constitue une construction jurisprudentielle, ne met pas le même accent sur l'existence de relations contractuelles⁴⁶; cependant, il semble que même dans ce cas, l'existence d'un contrat plutôt que d'une attribution unilatérale et générale de mission n'est pas sans importance pour le régime juridique applicable à l'activité de l'entité prestataire de services, à tout le moins lorsque celle-ci est mixte⁴⁷.

On rappellera aussi la jurisprudence *Altmark* en matière d'aides d'Etat, et l'incidence qu'exerce à cet égard l'identification précise des prestations auxquelles la collectivité politique attribue un caractère de service public : la contrepartie octroyée pour la couverture de ces prestations sera admise, dans les limites tolérées par le droit communautaire; au-delà, les concours financiers publics constituent en principe de véritables aides dont la compatibilité avec les principes du traité devra, sauf exemptions, être soumise à l'appréciation de la Commission⁴⁸.

⁴⁵ V. not., parmi l'importante littérature récente à ce sujet, (dir.) D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, 2001; F. GOSSELIN et al., *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen*, et l'avant-propos de Ph. QUERTAINMONT qui expose les avatars de la théorie de la substitution; D. YERNAULT, «La contractualisation (forcée?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public», in: *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation?*, Rev. dr. ULB, 2006, pp. 67 à 206; A.L. DURVIAUX et N. THIRION, «Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire», J.T., 2004, pp. 17 et s.; E. VAN DEN ABELE, «Les services d'intérêt général – état du débat européen», C.H. CRISP, 2005, n°s 1901-1902.

⁴⁶ V. not. F. MOISES, J.F. JAMINET, et A. VANDENBURIE, *Promotion immobilière publique*, Larcier, 2009, n° 271 et s., selon lesquels toute attribution de mission, même par voie unilatérale, est visée. Il nous semble pourtant que la Cour de Justice n'a pas consacré explicitement ce point de vue et qu'elle mentionne presque toujours l'existence de liens conventionnels. Par exemple, l'arrêt *Coditel* (du 13 novembre 2008, aff. C-324/07, J.T., 2009, p. 175, obs. A.L. DURVIAUX et N. THIRION) parle expressément de «contrat de concession de service public» (n° 24).

⁴⁷ On pense à l'arrêt *Acoset*, du 15 octobre 2009, J.T., 2009, p. 751, obs. F. MOISES et V. BERTRAND. Cet arrêt admet que le recours aux services d'une entité décentralisée, comportant un partenaire privé, peut avoir lieu sans mise en concurrence si l'associé privé a été sélectionné initialement sur appel d'offres public. Néanmoins, cette solution n'est admise par la Cour qu'après vérification de ce que l'opération constituait une concession de services et non un marché de services. Il semble donc que, lorsque le recours aux services de l'entité a lieu non par le biais de l'attribution générale d'une mission qui sera principalement financée par les usagers, mais bien par la voie de contrats qui doivent s'analyser comme des commandes de prestations déterminées, rien ne dispense le pouvoir adjudicateur du respect des procédures de marché public.

⁴⁸ J. DE BEYS et C. DUBOIS, «Le financement des services publics et le contrôle des aides d'Etat», in: *Le service public*, op. cit., pp. 83 et s. V., pour une brillante analyse de l'application de ces notions au secteur du logement social, D. YERNAULT, «Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques : le logement social, cheval de Troie malgré lui», dans le même ouvrage, pp. 117 et s.

Dans ce contexte – et même si la qualification de droit interne ne peut être décisive –, il faut constater que le recours au contrat de gestion, plutôt qu'à un mode d'encadrement plus classique comme le règlement ou la tutelle administrative, met en évidence la distinction entre le lien institutionnel organique et le lien de délégation de mission⁴⁹. Il facilite la mise en oeuvre du raisonnement, apparu dans certains documents émanant des autorités européennes, selon lequel l'acte par lequel le pouvoir politique confie une mission de service public à une entité autonome devrait être précédé d'un appel obligatoire à la concurrence, parce que sa portée réelle est de désigner le prestataire rémunéré d'un service que la collectivité prend, au moins en partie, à sa charge⁵⁰. Il offre aussi aux autorités européennes, dans le prolongement de la jurisprudence *Altmark*, le support permettant de décider quels concours financiers sont de simples contreparties aux obligations de service public⁵¹ et quels autres doivent être appréhendés comme des aides d'Etat.

14. Quoiqu'il en soit, la qualification contractuelle affichée par le législateur ne lie pas le juge, confronté à des éléments de nature à la démentir. Le Conseil d'Etat, en tous cas, ne s'est pas laissé arrêter par ce terme de «contrat», auquel il va refuser toute incidence sur sa compétence.

L'arrêt ne manque pas de relever l'ensemble des éléments qui, dans le cas spécifique de la RTBF, mettent en cause la réalité de la qualification contractuelle.

Après avoir rappelé quels sont les éléments qui, aux termes du décret du 14 juillet 1997, doivent être «réglés» par le contrat de gestion, l'arrêt constate que cet instrument a pour objet de déterminer les obligations de la RTBF, qui constituent sa mission de service public, et les obligations corrélatives, essentiellement pécuniaires, de la Communauté française. Ce contenu, dit le

⁴⁹ En ce sens, D. DE ROY, «La nature juridique...», art. cité, point 3, 3°, soulignait déjà le double ancrage – légal et contractuel – de l'attribution de mission aux entreprises publiques, et le lien avec la problématique européenne.

⁵⁰ On ne peut que se réjouir de l'évolution que semble marquer, en sens inverse, la jurisprudence de la Cour de Justice dans l'arrêt du 13 novembre 2008, *Coditel*, aff. C-324/07, J.T., 2009, p. 175, obs. A.L. DURVIAUX et N. THIRION.

⁵¹ Le terme «contrepartie» figure dans l'article 8 du décret du 14 juillet 1997, définissant le contrat de gestion de la RTBF.



Conseil d'Etat, consiste globalement en des dispositions, nécessaires à l'exécution du décret, que l'on aurait parfaitement pu inscrire dans un arrêté du gouvernement ⁵².

Le deuxième ordre de constatations a trait au régime de conclusion du contrat de gestion. Celui-ci est certes négocié, mais sa conclusion est obligatoire, sa durée est imposée par le législateur et l'organe compétent pour le conclure est indiqué par ce dernier. En outre, il n'entre en vigueur qu'après avoir reçu l'approbation du Gouvernement, procédé assez étrange puisque la Communauté est partie au « contrat » et avoir été publié au *Moniteur belge*.

Enfin, dans le registre des sanctions, l'arrêt relève d'une part que le législateur décretaal a écarté les conditions résolutives expresses et la résolution judiciaire prévue par l'article 1184 du Code civil, et d'autre part qu'il a confié au Collège d'autorisation et de contrôle de l'audiovisuel le soin de constater les manquements aux dispositions de ce contrat. Ce faisant, le législateur a donc écarté certains des procédés normaux qui sanctionnent l'inexécution des obligations contractuelles, et mis sur pied un mécanisme qui relève du droit administratif.

Ces constats amènent le Conseil d'Etat à constater que le contrat de gestion est en réalité un règlement, présentant une double particularité : d'une part, il est applicable à la seule RTBF, et, d'autre part, son élaboration est négociée avec elle.

La question de la recevabilité du moyen ne se posait donc plus, et l'arrêt a pu trancher le problème d'interprétation qui était soulevé devant lui. En quelques considérants peu banals – ils charmeront le lecteur assidu des arrêts du Conseil d'Etat, habitué à une prose autrement austère ! –, la Haute Juridiction énonce les raisons pour lesquelles elle estime que l'émission en cause ne peut être considérée comme spécifiquement destinée aux enfants, de sorte que l'infraction repro-

chée à la RTBF n'était pas établie. L'annulation s'en suit logiquement.

15. Avant de commenter les motifs ainsi mis en évidence, arrêtons-nous un instant aux incidences de la solution retenue.

On peut se demander si l'enseignement de l'arrêt est spécifique au cas de la RTBF. Comme D. De Roy, nous pensons que de manière générale, il y a lieu de mettre en cause la présentation des contrats de gestion – de tous les contrats de gestion – comme des conventions régies par le Code civil ; en ce sens, la question tranchée par cet arrêt et le sens général du raisonnement qu'il développe sont susceptibles de s'étendre bien au-delà du cas d'espèce. Cependant, comme cet auteur, on ne peut que remarquer l'hétérogénéité que couvre l'apparence d'un modèle général des contrats de gestion ⁵³ et souligner, dans cette perspective, que l'un des éléments décisifs dans la présente cause est le rôle confié par le législateur au Conseil supérieur de l'audiovisuel dans la sanction du contrat de gestion de la RTBF. Pareille circonstance ne caractérise pas la majorité des contrats de gestion. La jurisprudence de l'arrêt commenté n'est donc, en tous cas, pas transposable sans autre examen.

Le raisonnement tenu par le Conseil d'Etat serait-il de nature à justifier, dans un autre contexte, qu'un recours en annulation soit porté devant lui à l'encontre du contrat de gestion lui-même, ou du moins de l'arrêté qui l'approuve, voire des actes par lesquels chacune des parties y consent ? Cette hypothèse pourrait théoriquement être envisagée même dans le cadre de la qualification contractuelle ⁵⁴, mais elle est confortée par l'approche réglementaire que consacre l'arrêt commenté. En décidant que : « Dans la mesure où elles imposent des obligations ou interdictions, les règles qu'il contient sont de nature

⁵² Notons que l'arrêt ne met pas en cause l'existence d'une véritable portée juridique du contrat de gestion, alors que les auteurs relèvent fréquemment que le caractère vague et programmatique de nombreuses clauses de ces contrats sèment le doute à cet égard (v. not. Ph. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels... », p. 45). Il est vrai que le rôle confié au Conseil supérieur de l'audiovisuel ne laisse, en l'espèce, guère de doute en ce qui concerne en tous cas la consistance des obligations de la RTBF.

⁵³ « La nature juridique des contrats de gestion... », article cité, point 2.1.

⁵⁴ V. notre étude précitée, « Les contraintes... », p. 121. Bien que la loi du 21 mars 1991 ait réputé explicitement contractuelles toutes les clauses du contrat de gestion, les travaux préparatoires admettent en effet l'idée que les actes détachables de ce contrat sont susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat : *Doc. parl. Ch.*, 1287-1 (89-90), p. 162. Quant au recours contre l'arrêté d'approbation, que la Cour de cassation a interprété comme un acte de « haute tutelle », v. D. DE ROY, « La nature juridique... », point 1.3. Ph. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels... », p. 49, cite l'arrêt n° 53.005, du 19 avril 1995, qui a rejeté un recours contre l'arrêté royal approuvant le premier contrat de gestion de La Poste, mais en ses dispositions abrogatoires.

réglementaire», l'arrêt ne se prononce directement que sur la possibilité de fonder un moyen d'annulation, mais il inscrit clairement le contrat de gestion dans la gamme des actes susceptibles de recours.

L'ouverture de cette perspective nous paraît être une bonne chose : à défaut de recours devant le Conseil d'Etat, on ne voit guère par quel biais l'éventuelle illégalité entachant une clause d'un contrat de gestion pourrait être soulevée, sinon dans l'improbable contexte d'un litige judiciaire entre les parties dans le cours de l'exécution du contrat. Reste, cependant, le problème de l'intérêt au recours. Dans la lecture contractuelle, le requérant se heurte à la difficulté d'établir en quoi il aurait intérêt à l'annulation d'un contrat auquel il est tiers⁵⁵. Dans l'approche réglementaire, la situation du requérant est a priori plus confortable. Un doute subsiste cependant sur ce point : l'arrêt ne constate-t-il pas que le règlement dont il identifie l'existence présente la particularité de s'appliquer «à la seule RTBF»? Or, on enseigne généralement que l'intérêt à l'annulation d'un règlement n'existe que dans le chef de ceux auxquels ce règlement est susceptible de s'appliquer...⁵⁶ Un affinement du concept d'intérêt suffirait cependant à franchir l'écueil. Aucun obstacle de principe ne s'oppose à reconnaître l'intérêt d'un requérant, concerné par le contenu d'un règlement, même s'il n'est pas parmi les destinataires directs des droits et obligations consacrés par ce dernier⁵⁷.

16. L'analyse formulée par l'arrêt est-elle convaincante?

Parmi les éléments mis en évidence pour aboutir à la qualification réglementaire, certains suscitent la réplique. Tel est le cas, en particulier, des restrictions apportées en l'espèce à la liberté contractuelle. Que la conclusion du contrat de

gestion soit obligatoire, que sa durée et la procédure selon laquelle il est établi soient fixées par le décret, que certaines clauses en soient exclues, voilà autant d'éléments dont on peut trouver des équivalents à propos de contrats qui n'en restent pas moins de véritables contrats de droit privé, par exemple dans le domaine des assurances. A elles seules, ces constatations ne seraient pas, nous semble-t-il, de nature à démentir la qualification contractuelle énoncée par le législateur⁵⁸. Mais elles se conjuguent avec d'autres caractéristiques.

Parmi celles-ci, le Conseil d'Etat souligne la nature même du contenu assigné au contrat de gestion. Celui-ci doit définir, selon l'arrêt, des «dispositions nécessaires à l'exécution du décret», et il remarque avec justesse que de telles dispositions auraient tout aussi bien pu figurer dans un arrêté du Gouvernement. Sans le dire, l'arrêt ne suggère-t-il pas qu'elles auraient même dû normalement figurer dans un tel arrêté, dès lors que c'est bien au pouvoir exécutif qu'il revient de procurer exécution aux textes de nature législative? C'est ainsi toute la légitimité constitutionnelle et quasi-constitutionnelle⁵⁹ du recours au procédé contractuel lui-même qui est en cause⁶⁰.

Pareille observation donne leur poids à deux autres éléments mis en exergue par l'arrêt : l'approbation du Gouvernement, requise pour donner effet au contrat de gestion, et la publication obligatoire de ce dernier au Moniteur belge. Ces deux exigences sont inconciliables avec la logique purement contractuelle. La première s'inscrit dans un processus de tutelle administrative qui, comme le relève l'arrêt commenté, est redondante au regard du consentement déjà donné par le Gouvernement lors de la conclusion du contrat de gestion. La seconde témoigne que le législateur reconnaît aux tiers un intérêt à connaître le contenu du contrat de gestion.

⁵⁵ Le recours d'un groupement d'usagers, ou celui d'un pouvoir public indirectement concerné, soulèverait à cet égard une intéressante question. Quant à l'hypothèse du recours introduit par un prestataire concurrent, elle se présenterait plutôt devant la Cour constitutionnelle, si ce recours visait à contester le principe même de la conclusion du contrat de gestion, c'est-à-dire de l'attribution de mission à la RTBF. En revanche, un concurrent pourrait se dire intéressé à l'annulation d'une clause du contrat de gestion qui, selon lui, avantagerait indûment la RTBF dans la poursuite d'activités commerciales.

⁵⁶ P. LEWALLE et L. DONNAY, *op. cit.*, n° 461 *in fine*. M. LEROY, *op. cit.*, p. 519.

⁵⁷ Comme le souligne M. LEROY, *op. cit.* à la note précédente), on admet parfois, notamment en matière d'urbanisme, la recevabilité de recours émanant de personnes à l'égard desquelles le règlement attaqué, bien qu'il ne leur soit pas applicable, a des répercussions immédiates.

⁵⁸ L'arrêt souligne d'ailleurs que c'est dans son élaboration que le contrat de gestion se rapproche le plus des principes du droit des contrats.

⁵⁹ C'est-à-dire par rapport aux prescriptions des lois spéciales de réformes institutionnelles, en particulier l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980, qui définit les compétences des gouvernements des entités fédérées.

⁶⁰ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat...*, *op. cit.*; X.. DELGRANGE et L. DETROUX, « Les limites constitutionnelles à la privatisation », in : dir.) B. LOMBAERT, *Les partenariats public-privé, un défi pour le droit des services publics*, La Charte, 2005, pp. 35 et s.

Enfin, le respect du contrat de gestion par la RTBF est placé sous la surveillance du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui est chargé de constater les violations de ce contrat comme celles des lois et règlements. La méconnaissance des obligations résultant du contrat de gestion n'est donc pas sanctionnée par des procédés contractuels de droit commun, mais par des mesures administratives relevant de la compétence d'un organisme public tiers au contrat.

À partir de ces divers éléments, l'arrêt saute le pas : loin de les interpréter comme de simples curiosités ou comme des concessions faites au contexte administratif du contrat de gestion, il y voit les indices qui autorisent une véritable disqualification de ce dernier en règlement d'une nature particulière.

Sur un plan purement doctrinal, on pourrait sans doute mettre en cause la trompeuse simplicité de la dichotomie contrat/règlement, et suggérer l'affinement de notions mixtes. S'il est difficile d'accepter l'idée d'un contrat pourvoyant à l'exécution de la loi, et assorti de sanctions administratives, celle d'un règlement négocié avec son unique destinataire ne heurte sans doute pas moins les définitions traditionnelles... Mais les besoins de la pratique juridictionnelle ne s'accommodent guère de qualifications purement conceptuelles. On peut cependant se demander s'il n'aurait pas suffi, pour les besoins de la cause, d'identifier dans le contrat de gestion approuvé par le Gouvernement un acte unilatéral, sans aller jusqu'à y voir un règlement⁶¹. Ce choix aurait évité une contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a dénié au contrat de gestion le caractère d'une loi au sens de l'article 608

du Code judiciaire, c'est-à-dire un caractère de généralité et d'abstraction⁶².

La solution adoptée par l'arrêt nous semble en tous cas devoir être approuvée, en ce qu'elle situe le contrat de gestion dans la sphère de la légalité objective.

17. On l'a relevé, l'arrêt annoté retient parmi les éléments décisifs de la qualification réglementaire la nature des sanctions qui assortissent la violation des obligations prévues par le contrat de gestion. Ce mécanisme dément en effet de manière frappante la thèse d'une relation contractuelle de droit commun, trouvant ses sanctions dans les instruments civilistes que sont, principalement, les clauses pénales, l'exception d'inexécution, l'action judiciaire en exécution des prestations prévues par le contrat, et l'action en résolution pour inexécution.

Dès l'apparition du contrat de gestion, dans la loi du 21 mars 1991, l'insuffisance des sanctions civilistes a été consacrée explicitement par le législateur, alors même que celui-ci accentuait avec insistance la nature contractuelle du procédé nouveau qu'il instaurait. En effet, le contrat de gestion est apparu en relation directe avec l'étendue de la tutelle administrative qui restait l'un des principaux instruments juridiques de contrôle de l'Etat sur l'entreprise publique autonome. Au lieu de s'étendre à l'ensemble des activités et décisions de l'entreprise, le contrôle de tutelle serait désormais limité à la sphère des missions de service public, concrétisée et encadrée par le contrat de gestion. Pour les autres activités de l'entreprise, l'Etat se contenterait du contrôle de droit commun que lui assure sa qualité d'actionnaire.

Dans le présent cas, le contrôle exercé via le commissaire du gouvernement sur la RTBF ne peut pas se référer au contrat de gestion⁶³, mais celui-ci apparaît en revanche comme un des éléments sur lesquels porte le contrôle de la Communauté française à l'égard du conseil

⁶¹ On trouve, nous semble-t-il, certains exemples d'actes unilatéraux individuels assortis de clauses qui sont, en fait et parfois en droit, négociées. Tel est notamment le cas d'autorisations urbanistiques assorties de charges d'urbanisme, de permis d'environnement prévoyant la mise sur pied de comités d'accompagnement, ou encore d'arrêtés d'octroi de subventions accompagnés de conventions ou protocoles réglant leur utilisation. On se risque à évoquer aussi dans cette gamme de techniques «unilatérales contractuelles» le plan de management qui doit être proposé par les titulaires de fonctions de management dans la fonction publique, et qui est approuvé par le Ministre après concertation avec ce titulaire... Il semble qu'à notre époque, l'adhésion des destinataires d'obligations est perçue comme une garantie d'efficacité supérieure à celles qu'offrent les armes de la puissance publique. Ph. QUERTAINMONT, «Les nouveaux instruments contractuels...», p. 46, évoque ainsi un rapprochement entre le contrat de gestion et un cahier des charges, acte unilatéral, mais en l'occurrence négocié. Dans le même sens, D. DE ROY, «La nature juridique...», point 3, 2°.

⁶² Cass., 21 décembre 2000, précité, et commenté par D. DE ROY, «La nature juridique...», art. cité.

⁶³ V. les articles 33bis et 36bis du décret du 9 janvier 2003 relatif à la transparence, à l'autonomie et au contrôle des organismes publics, des sociétés de bâtiments scolaires et des sociétés de gestion patrimoniale qui dépendent de la Communauté française.

d'administration⁶⁴. Et, surtout, le législateur organise le constat et la sanction des violations du «contrat» par une instance indépendante⁶⁵.

Le recours à une instance tierce reste en elle-même conciliable avec la thèse contractuelle : le droit des contrats permet bien entendu l'intervention d'un arbitre aux décisions duquel les parties conviennent par avance de se conformer. Ce qui dénote, ici, est la qualité du tiers intervenant et de ses moyens d'action : non pas arbitre, mais institution de droit public qui est par ailleurs chargée de veiller au respect des lois, décrets et règlements dans le secteur audiovisuel, et dispose du pouvoir d'infliger les sanctions prévues par le législateur lui-même.

L'intervention d'autorités administratives indépendantes est en effet devenue un paradigme du droit économique contemporain, en particulier dans les secteurs énergétique et financier ainsi que dans celui de l'audiovisuel et des télécommunications⁶⁶. Malgré les sérieuses objections constitutionnelles que cette évolution soulève, force est de constater que le rôle de régulation, qui a priori revient par nature aux autorités publiques, est de plus en plus souvent confié à des instances dont la légitimité se situe aux antipodes de celle des gouvernants, puisqu'elle tient précisément à l'indépendance et à la compétence technique. Formulées principalement par le droit européen, les exigences d'indépendance à l'égard des entreprises contrôlées concourent puissamment à cette évolution, dans la mesure où les Etats sont généralement demeurés actionnaires d'entreprises importantes ayant la qualité d'opérateurs historiques. C'est dans ce contexte, celui de la régulation de marchés, que s'inscrit le procédé à première vue saugrenu qui consiste à confier à

une autorité administrative la compétence de sanctionner des manquements à des dispositifs présentés comme contractuels.

L'interférence entre contrats et régulation est, dans une certaine mesure, inhérente à cette dernière notion : si le marché considéré repose sur un tissu de relations juridiques contractuelles, c'est sur celles-ci que s'exerce le contrôle du régulateur. Dans le secteur de l'électricité, par exemple, les Commissions régionales sont investies de la responsabilité d'approuver les contrats-types pratiqués par les distributeurs. Dans le décret qui trouvait application en l'espèce, cette interférence prend cependant une acuité toute particulière : ce qui est en cause n'est pas la conformité d'un contrat à des dispositions légales ou réglementaires, mais bien l'exécution correcte de ce qui est présenté comme un contrat. Le Collège d'autorisation et de contrôle assume d'ailleurs, outre la sanction du contrat de gestion de la RTBF, celle d'autres dispositifs tels que «la convention conclue entre le Gouvernement et chacune des télévisions locales» ainsi que les «engagements pris dans le cadre d'une réponse aux appels d'offres visés par le présent décret» par des éditeurs de services. Les recherches auxquelles nous avons procédé – mais elles ne prétendent pas à l'exhaustivité – ne nous ont pas permis de trouver d'équivalent à ce mécanisme dans d'autres dispositifs de régulation, les autres autorités de régulation se voyant plutôt attribuer, dans le domaine de l'application des contrats, un rôle de médiateur.

La particularité ainsi rencontrée peut être décodée de deux manières. Soit on considère qu'il est normal que les autorités administratives indépendantes chargées de la régulation d'un marché exercent, outre le contrôle des lois et règlements, une certaine police des comportements contractuels⁶⁷. Soit on estime que l'intervention de ces autorités manifeste au contraire que les relations juridiques en cause comportent une dimension qui intéresse, sinon l'ordre public, du moins l'intérêt collectif, au point que leur nature contractuelle en est affectée⁶⁸. Pour notre part, nous

⁶⁴ L' article 12, § 4, du décret du 14 juillet 1997 portant statut de la RTBF prévoit en effet qu'en cas d'atteinte grave à l'intérêt général, à la mission de service public de l'entreprise et au contrat de gestion, le Gouvernement peut, six mois après avoir mis le Conseil d'administration en demeure, proposer la révocation du Conseil d'administration au Conseil de la Communauté française qui en délibérera.

⁶⁵ (dir.) F. JONGEN, *Le nouveau Conseil supérieur de l'audiovisuel*, Bruylant, 1998. V. aussi A. VAGMAN, «Autorité administrative indépendante, amendes administratives et diffusion de scènes de violence gratuite», *A.P.T.*, 2003, pp. 260 et s., et les réf. citées par ces auteurs.

⁶⁶ V. not. G. BROUENS, *Introduction au droit public belge et européen de l'économie*, Larcier, 2003, pp. 27 et s.; P. BOUCQUEY et P.O. DE BROUX, «Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation», in : *Le service public*, op. cit., pp. 211 et s.; X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, «La régulation en droit public», in : *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, FUSL, 1999, pp. 35 et s.

⁶⁷ Dans cette perspective, on estimera que le mode de sanction des «infractions» au contrat de gestion n'était pas significatif pour infléchir vers le pôle réglementaire la qualification de ce dernier.

⁶⁸ En ce sens, D. DE ROY, «La nature des prétentions des usagers...», p. 495.

pensons que c'est à juste titre que l'arrêt disqualifie le «contrat» par lequel est définie la mission confiée à un service public organique. Le cas examiné ici permet de mettre en évidence une réflexion plus large : la notion de régulation est liée à l'application de normes étatiques proprement dites, notamment en raison du principe de légalité sous-jacent à toute sanction administrative. Elle trouve donc tout son sens aussi longtemps que des lois et règlements demeurent, comme c'est le cas actuellement, le véhicule juridique de diverses obligations de service public. Mais, compte tenu des progrès incessants du modèle de la «mise en concurrence», peut-on écarter l'hypothèse qu'à l'avenir, ce soit dans des cahiers des charges ou des documents contractuels que s'énoncent, au moins pour partie, les exigences des pouvoirs publics à l'égard d'opérateurs privés invités à faire offre pour assumer des prestations d'intérêt général ? Plutôt que d'imposer par la voie unila-

térale des obligations de service public, on céderait à la tentation de les inscrire dans le tissu des relations contractuelles. La régulation ne pourrait alors éviter certains écueils.

Ce constat nous amène à mesurer l'ampleur de l'onde de choc qu'infligent aux catégories les plus solides de l'édifice du droit positif les mutations économiques en cours. Que les instruments du droit administratif classique soient en déclin, au profit de procédés contractuels, ou supposés tels, chacun en est conscient depuis belle lurette. Il n'est pas moins remarquable que les besoins du contrôle des services d'intérêt général, et plus largement ceux de la régulation des marchés, mettent en cause la logique de ces méthodes contractuelles. On ne s'étonnera pas que, dans le sillage de ces évolutions, l'application des concepts qui régissent l'organisation du contentieux connaisse, elle aussi, quelques tribulations.