

LE REGIME JURIDIQUE DES MARCHES PUBLICS DE CERTAINES ENTREPRISES PUBLIQUES ECONOMIQUES FEDERALES ET REGIONALES *

par

Pierre NIHOUL

Auditeur au Conseil d'Etat

Assistant en droit public à l'U.C.L.

INTRODUCTION

1. – Déterminer les règles de droit interne applicables aux marchés publics conclus par les entreprises publiques économiques conduit à distinguer les entreprises publiques fédérales et régionales (ou communautaires). Dans les limites de leurs compétences, les régions et les communautés disposent en effet, en vertu de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, tel que modifié par la loi spéciale du 8 août 1988, de la compétence de principe en matière de décentralisation par services, c'est-à-dire du pouvoir d'arrêter les formes appropriées de leurs services décentralisés et d'en organiser le régime juridique ¹. Il s'ensuit que les figures juridiques imaginées dans le cadre de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ne sont pas par elles-mêmes applicables aux organismes d'intérêt public régionaux (ou communautaires) exerçant une activité de nature industrielle ou commerciale pour lesquels une initiative en ce sens des autorités compétentes est dès lors nécessaire ². Un examen séparé des législations fédérales et régionales s'impose au regard de l'autonomie reconnue en la matière aux collectivités précitées.

2. – Par contre, au regard du droit européen des commandes publiques, la question de la propriété des entités adjudicatrices importe peu. Qu'elles soient fédérales ou régionales, celles-ci sont soumises aux mêmes réglementations communautaires auxquelles il conviendra de confronter brièvement les législations fédérales et régionales quant à leur champ d'application respectif.

CHAPITRE PREMIER. – LES ENTREPRISES PUBLIQUES AUTONOMES FEDERALES

Section première. – L'article 11, § 1er, de la loi du 21 mars 1991 ³

I. – APERCU GENERAL

3. – Cette disposition, qui constitue le siège légal de la matière pour les entreprises publiques autonomes, distingue, parmi les activités de ces entreprises, celles qui relèvent du service public et celles qui y sont étrangères. Seuls les marchés ayant trait à la mise en oeuvre des tâches de service public sont soumis à la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

4. – Cette distinction entre missions de service public et activités ordinaires n'est pas propre à la matière des commandes publiques. Elle constitue en réalité «une des clefs de voûte» de la loi du 21 mars 1991, laquelle entend régir ces deux domaines d'activités par des principes de droit différents; les activités qualifiées de «tâches de service public» doivent s'exercer dans le respect des principes du droit administratif tandis que la sphère des activités ordinaires échappe en principe aux contraintes de droit public.

³ Actuellement, l'art. 11, § 1er, de la loi du 21 mars 1991 est libellé comme suit: «Les entreprises publiques autonomes ne sont soumises à la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qu'en ce qui concerne les marchés ayant trait à la mise en oeuvre de leurs tâches de service public». Après sa modification par l'art. 46 de la loi du 24 décembre 1993 (*Mon. b.*, 22 janvier 1994, p. 1322), non encore en vigueur, cette disposition sera rédigée en ces termes: «Les entreprises publiques autonomes ne sont soumises à l'application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services que pour les marchés publics ayant trait à leurs tâches de service public. Cela ne porte pas préjudice à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés n'ayant pas trait à ces mêmes tâches, mais se rapportant à une des activités visées par le livre II de cette loi».

* Ce texte est la version remaniée au 31 décembre 1994 d'une contribution aux journées d'études organisées les 16 et 17 décembre 1993 par l'Institut des affaires publiques (I.A.P.) sur le thème: «Entreprises publiques fédérales et régionales et marchés publics». Sont concernées les entreprises publiques à vocation commerciale ou industrielle dans le secteur des communications et des transports.

¹ Voy. C.A., arrêt n° 12/92, du 20 février 1992, considérant 1.B.4., *Mon. b.*, 4 mars 1992.

² *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 1287/10, p. 36, ci-après dénommé «Rapport Chambre».

Il s'agit, pour l'essentiel, d'émanciper du régime de droit public certaines activités pour lesquelles «les contraintes administratives imposées aux entreprises empêchent la valorisation complète de leur potentiel économique»⁴ tout en veillant par un contrôle plus poussé à ce que les entreprises publiques continuent à assurer, dans le respect des lois du service public, les services jugés essentiels pour lesquels le critère du profit n'est pas le seul déterminant.

5. – A l'instar d'autres domaines, les entreprises publiques autonomes sont donc, dans la matière des commandes publiques, «placées sous un régime juridique dual selon la nature même de l'activité en question»⁵.

L'identification concrète de l'une ou de l'autre de ces activités obéit au schéma théorique suivant: pour chaque entreprise publique, la loi du 21 mars 1991 énumère de manière limitative les missions de service public qui lui sont assignées; ces missions sont ensuite précisées, sous la forme de «tâches de service public», dans le contrat de gestion, lequel détermine en outre les règles et les conditions spécifiques selon lesquelles l'entreprise remplit ces missions. Il en résulte que «les missions ou activités de l'entreprise qui ne seront pas reprises dans le contrat de gestion, seront par définition des matières pour lesquelles l'entreprise publique se situera au niveau d'une entreprise privée ordinaire»⁶.

6. – Afin d'apprécier quels sont les marchés soumis à la loi du 14 juillet 1976, il importe, entreprise publique par entreprise publique, de combiner l'énonciation des missions de service public dans la loi et la définition contractuelle des tâches de service public dans le contrat de gestion. Etant donné que la Régie des Voies aériennes n'a toujours pas à ce jour conclu de contrat de gestion, nous passerons en revue successivement les activités de Belgacom, de la Poste et de la SNCB. Celles-ci ne seront toutefois examinées que pour autant qu'elles présentent un intérêt pour la matière des marchés; autrement dit, nous n'examinerons que les situations dans lesquelles ces trois entreprises publiques se présentent comme des pouvoirs adjudicateurs sans aborder, par exemple, la question de l'utilisation obligatoire ou facultative par les tiers des services réservés ou monopolistiques de même que les hypothèses dans lesquelles elles se présentent comme prestataires de services.

⁴ Rapport Chambre, *op. cit.*, p. 4.

⁵ D. NUCHELMANS et G. PAGANO, «Les entreprises publiques autonomes», *CRISP, CH*, n° 1321-1322, p. 19.

⁶ *Doc parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1173/2, p. 4, ci-après dénommé «Rapport Sénat».

II. – IDENTIFICATION DES MISSIONS DE SERVICE PUBLIC SOUS L'ANGLE DES COMMANDES PUBLIQUES

A. – Belgacom

7. – Selon l'article 58 de la loi du 21 mars 1991, les missions de service public de Belgacom consistent, d'une part, «en la mise à la disposition du public des télécommunications publiques» et, d'autre part, en un certain nombre de «prestations de nature sociale ou humanitaire en matière de télécommunications publiques».

8. – Quant aux «prestations de nature sociale ou humanitaire», la loi se borne à renvoyer au contrat de gestion, sans autre précision ni dans le texte légal, ni dans les travaux préparatoires.

Le contrat de gestion conclu entre l'Etat belge et Belgacom prévoit, en son article 18, des réductions de tarifs minimales accordées par Belgacom pour raison sociale et humanitaire, dont l'étendue et les bénéficiaires sont détaillés à l'annexe 6 de ce contrat⁷.

9. – La notion de «télécommunications publiques» est, quant à elle, définie plus amplement à l'article 82 de la loi du 21 mars 1991, lequel fait partie du Titre III consacré aux télécommunications dans son ensemble et destiné à délimiter «clairement» les droits exclusifs de Belgacom et les services qui peuvent être offerts librement⁸.

Les télécommunications publiques, qui sont accordées en vertu de l'article 84 de la loi du 21 mars 1991 en concession exclusive à Belgacom⁹, recouvrent trois domaines:

- 1° l'infrastructure publique de télécommunications;
- 2° les services réservés en faveur de tiers;
- 3° les installations destinées aux télécommunications, qui sont accessibles au public et situées dans le domaine public.

1. – L'infrastructure de télécommunications

10. – Selon la définition de l'article 68, 5°, de la loi du 21 mars 1991, cette infrastructure comprend les éléments suivants:

1° tous «les équipements et moyens y afférents (...) destinés à la télécommunication»: sont donc visés toutes les sortes de voie de transmission de signaux de toute nature par un système électromagnétique (câbles, lignes aériennes, liaisons radio et optiques tel que le R.N.I.S. à large bande...) de même que l'appareillage de transmission et de commutation (commutateurs, concentrateurs, émetteurs-récepteurs ra-

⁷ *Mon. b.*, 4 septembre 1992, pp. 19.358 et 19.364 à 19.366.

⁸ Rapport Sénat, *op. cit.*, pp. 80 à 91.

⁹ Il existe donc une identité matérielle entre les missions de service public et le monopole reconnu à Belgacom.

dioélectriques fixes pour les télécommunications publiques, stations terrestres fixes et mobiles pour des liaisons par satellite d'émission, d'émission-réception, etc...);

2° cet ensemble est délimité par des points de raccordement définis par l'article 68, 6°, de la même loi comme «un point terminal qui sert à la connexion d'un appareil terminal»: sont dès lors visés les équipements et moyens compris entre deux points d'accès d'un même réseau; par contre, ceux qui se trouvent en deçà du point de raccordement, c'est-à-dire du côté de l'utilisateur, ne font pas partie de l'infrastructure publique;

3° enfin, celle-ci comprend les réseaux et les liaisons fixes (lignes louées) qui franchissent le domaine public.

11. – La maîtrise par Belgacom de l'infrastructure publique de télécommunications ne s'étend toutefois pas aux équipements et moyens destinés au service de radiodiffusion, lequel demeure régi par la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications, de même qu'aux réseaux de radio et de télédistribution toujours réglementés par la loi du 6 février 1987 pour ce qui concerne les réseaux bi-communautaires établis dans la Région de Bruxelles-Capitale et par les décrets communautaires pour les autres réseaux ¹⁰.

D'autre part, les équipements et moyens destinés à la télécommunication qui ne répondent pas à la définition précitée de l'infrastructure publique font désormais partie du domaine des activités ordinaires de Belgacom, lesquelles peuvent être exercées en concurrence conformément à l'article 69 de la loi du 21 mars 1991. A titre exemplatif, ne sont pas ou plus considérés comme des missions de service public exclusives, les appareils terminaux tels que téléphone, télex, modems à grande vitesse, centraux privés importants ¹¹, terminaux vidéotex, terminaux de mobilophonie et de radio-messagerie (sémaphore) ¹², les protocoles ¹³ et les réseaux privés.

12. – Belgacom est chargé de l'établissement, de la maintenance, de la modernisation et du fonctionnement de l'infrastructure publique, toutes opérations pour lesquelles le recours à des tiers doit en

principe prendre la forme d'un marché public. Pour sa part, le contrat de gestion fixe, en ses articles 4 et 5, des objectifs d'accessibilité à l'infrastructure publique que Belgacom s'engage à atteindre dans des délais également convenus.

2. – Les services réservés en faveur de tiers

13. – L'article 83 de la même loi détermine exhaustivement les services de télécommunications qui demeurent réservés à titre exclusif à Belgacom: le service de la téléphonie, les services de télex, de mobilophonie ¹⁴ et de radiomessagerie, le service de télégraphie et la mise à disposition de liaisons fixes, ce que l'on appelle communément les services de base.

Tous les autres services de télécommunications offerts à des tiers sur des réseaux publics ou sur des lignes louées peuvent également être exploités par Belgacom mais en concurrence et, surtout, sous la forme d'«activités ordinaires» affranchies des contraintes de droit public. Il en va ainsi des services de télécopie, de télétexte, de messagerie électronique, de messagerie vocale, des services vidéotex, des services de paiement électronique, la télécommande, la télémesure, la téléalarme, les télésecrétariats de même que, depuis le 31 décembre 1992, les services de commutation de données (DCS) ¹⁵. Désormais, les prestations de travaux, de fournitures ou de services dans le domaine de ces services dits «à valeur ajoutée» sont de ce fait exonérées du respect de la loi du 14 juillet 1976. Il en va de même des domaines voisins mais distincts de ces services réservés, tels l'édition et la distribution d'annuaires ¹⁶.

14. – En ses articles 6 à 10, le contrat de gestion précise les objectifs à atteindre par Belgacom dans le domaine des services réservés: fonctionnalités à introduire en service de téléphonie, développement de la capacité des réseaux de mobilophonie et de radiomessagerie et rythme de la mise à disposition de liaisons fixes.

3. – Les installations publiques de télécommunications

15. – Ces installations qui comprennent, pour l'heure, les seules cabines téléphoniques publiques, doivent répondre à une double condition: être accessibles au public et être situées dans le domaine pu-

¹⁰ Voy. à ce sujet l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 15 février 1993 sur une proposition de loi «concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion établis dans la Région de Bruxelles-Capitale» (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1993-1994, n° 475/2) et l'arrêt C.E., *Turner Network*, n° 46.517, du 15 mars 1994. La Chambre des représentants a adopté le 8 décembre 1994 la proposition de loi précitée, laquelle est examinée par le Sénat (*Doc. parl.*, session 1994-1995, n° 1255/1).

¹¹ Voy. Comm. Bxl. (réf.), 11 avril 1994, *J.T.*, 1994, p. 699.

¹² Rapport Chambre, *op. cit.*, pp. 121-122. Voy. C.J.C.E., arrêt du 13 décembre 1991, Aff. C-18/88, R.T.T. et s.a. G.B.-Inno-B.M., *Rec.*, I, p. 5973.

¹³ *Ibidem*, p. 147.

¹⁴ Depuis le 22 décembre 1994, date d'entrée en vigueur de l'article 9 de la loi du 12 décembre 1994 modifiant la loi du 21 mars 1991 précitée (*Monit.*, 22 décembre 1994, p. 31.627), les services de mobilophonie peuvent être exploités en concurrence moyennant la délivrance d'une autorisation et le respect d'un cahier des charges de service public.

¹⁵ Rapport Chambre, *op. cit.*, pp. 397-399.

¹⁶ Article 113, 2°, de la loi du 21 mars 1991 tel que modifié par l'article 45 de la loi du 24 décembre 1993 (*Monit.*, 31 décembre 1993); A.R. du 15 juillet 1994 (*Monit.*, 26 août 1994).

blic; à défaut de l'une d'entre elles, celles-ci ne relèvent pas des missions de service public et dès lors du monopole de Belgacom.

En outre, il a été précisé en commission du Sénat ¹⁷ que les termes «installations destinées aux télécommunications» ne recouvraient pas les appareils terminaux comme tels de même que les «installations destinées à d'autres fins que les télécommunications, mais qui comportent, le cas échéant, un appareil terminal au sens de la loi». Ne sont donc pas visées les installations qui utilisent l'infrastructure publique de télécommunications, mais dont l'objet essentiel est de fournir un tout autre service tel que, par exemple, un distributeur automatique de billets de banque.

16. – En vertu de l'article 82, 3°, Belgacom se voit confier, à titre exclusif, l'établissement, la maintenance et le fonctionnement de ces installations. En son article 11, le contrat de gestion précise le seuil minimal du service qui doit être assuré par Belgacom dans ce domaine.

4. – Autres tâches de service public

17. – L'article 12 du contrat de gestion précise trois tâches particulières de service public que doit assurer Belgacom.

Les deux premières tâches relèvent des services réservés et contribuent à la défense nationale: il s'agit de collaborations financières à la défense civile et à la Commission mixte des télécommunications. La troisième tâche consiste dans la participation de Belgacom aux efforts d'entreprises de télécommunications et d'instituts de recherche en matière de recherche et de développement.

La possibilité de prévoir dans le contrat de gestion ce genre de tâches particulières de service public est conforme au vœu du législateur; les engagements contractuels de l'entreprise publique peuvent en effet consister, non seulement dans la mise à disposition d'un équipement ou d'un service, mais aussi dans le fait «de mener des actions spécifiques en matière de développement technologique ou d'effectuer toute autre prestation dans le champ de leurs missions légales de service public» ¹⁸.

B. – La Poste

18. – Les missions de service public qui sont assignées à la Poste par l'article 141 de la loi du 21 mars 1991 et auxquelles sont dès lors applicables, en matière de commandes publiques, les règles de la loi du 14 juillet 1976, ne s'exercent pas toutes en mo-

nopole contrairement aux trois autres entreprises publiques actuellement concernées par cette loi. Il convient par conséquent de distinguer celles qui sont concédées à titre exclusif de celles qui ne bénéficient pas de pareils droits réservés.

1. – Les missions de service public confiées en monopole à la Poste

19. – Elles ressortissent d'abord à une partie des opérations postales traditionnellement reprises sous l'appellation «poste aux lettres», à savoir la «correspondance avec adresse» ¹⁹; les lettres closes ou ouvertes, les cartes postales, les «imprimés adressés» ²⁰ tels que annonces, circulaires, prospectus et avis de toute nature pour autant qu'ils portent l'adresse du destinataire.

Dans ce domaine, la Poste doit assurer les prestations suivantes: la collecte, le transport et la distribution et ce, dans toute l'étendue du Royaume et moyennant le respect des conditions fixées par l'article 142 de la loi du 21 mars 1991 ²¹, par l'arrêté royal prévu par l'article 143, § 3, de la même loi ²² et par le contrat de gestion ²³.

20. – Ensuite, la Poste se voit investie par ou en vertu de dispositions légales spécifiques, à titre de services obligatoires exclusifs, de missions qui ne ressortissent pas à la poste aux lettres ²⁴, telles que:

- l'émission et le paiement de mandats-poste ²⁵;
- le paiement à domicile des pensions de retraite et de survie ²⁶;
- le paiement des jetons de présence lors des élections ²⁷;

¹⁹ Rapport Chambre, *op. cit.*, pp. 12 et 399; art. 141, 1°, de la loi du 21 mars 1991.

²⁰ *Ibidem*, p. 195.

²¹ A savoir au moins une boîte de dépôt des correspondances par commune ou section de commune (1°), au moins, pour chacune de ces subdivisions, une levée, une expédition et une distribution des correspondances par jour sauf les samedi, dimanche et jours fériés légaux (2°) et distribution à toutes les habitations du Royaume pourvues d'une boîte aux lettres (3°).

²² Cet arrêté royal concerne la distribution:

- à un tarif réduit, des imprimés électoraux adressés ou non;
- sous le régime de la franchise de port, de certains envois de la poste aux lettres.

Cette obligation est également reprise et précisée à l'art. 4 du contrat de gestion et au point 1.4. de l'annexe de ce contrat.

²³ Le contrat de gestion prévoit ainsi l'obligation pour la Poste d'assurer la distribution, le samedi, de certaines correspondances prévues par l'art. 2, § 2 (*Mon. b.*, 1er octobre 1992, p. 21138).

De même, la Poste est tenue d'assurer, à un tarif inférieur au prix de revient, la distribution des journaux et des écrits périodiques (art. 16, § 1er, du contrat de gestion).

²⁴ Voy. Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 77; Rapport Sénat, *op. cit.*, pp. 148-149. *Adde*: contrat de gestion, art. 2, § 1er, 1.2., *Mon. b.* 1er octobre 1992, p. 21137.

²⁵ Loi du 26 décembre 1956 sur le service des postes, art. 3.

²⁶ Arrêté ministériel du 12 janvier 1970, art. 148, § 3.

²⁷ Cfr. les lois électorales concernées et les circulaires du Ministère de l'Intérieur.

¹⁷ Rapport Sénat, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 1287/1, p. 11, ci-après dénommé «Exposé des motifs».

- l'impression et la vente de timbres de licence pour le compte de la Commission administrative mixte belgo-luxembourgeoise ²⁸;
- la comptabilisation des fonds et titres des amendes routières ²⁹;
- la distribution et le paiement des titres de l'Office national des vacances annuelles ³⁰;
- l'impression, la vente, le remboursement, le remplacement et l'échange des permis de pêche ³¹.

2. - Les missions de service public exercées par la Poste en concurrence

21. - L'article 141, 3° et 4°, de la loi du 21 mars 1991 confie à la Poste la vente des timbres-poste et d'autres valeurs postales de même que les services financiers postaux tels que définis à l'article 131, 5° de la même loi ³². Ces missions de service public sont toutefois exemptes de droits exclusifs et constituent dès lors des activités soumises à la concurrence quoique régies, pour ce qui est des commandes publiques, par la loi du 14 juillet 1976.

Pour sa part, le contrat de gestion précise que les services financiers postaux comprennent la tenue des comptes à vue du Postchèque et le service des effets de commerce et des quittances. Il reprend également, comme tâches de service public exécutées en concurrence;

- les «versements et paiements pour compte d'autres institutions financières»;
- la «mise à la disposition du Trésor des fonds de tiers»;
- les «prestations effectuées pour les comptes de l'Etat et l'établissement de la situation journalière de trésorerie».

Enfin, en contravention à l'article 141, 3°, de la loi du 21 mars 1991, le contrat de gestion range curieusement les activités de débit de timbres-poste et d'autres valeurs postales parmi les tâches de service public confiées exclusivement à la Poste ³³.

3. - Les activités ordinaires ou commerciales exercées en concurrence

22. - Ces activités peuvent être regroupées en trois catégories:

- les exceptions au monopole postal en matière de «correspondance avec adresse» telles que limita-

tivement énumérées par l'article 141, 1°, alinéa 3, dont fait notamment partie le courrier accéléré ³⁴;

- toutes les opérations en matière de poste aux lettres qui ne sont pas couvertes par le monopole, c'est-à-dire les opérations autres que la «correspondance avec adresse» ³⁵: les envois toutes boîtes, les envois de colis et de paquets...;

- toutes les opérations postales autres que la poste aux lettres: service abonnements aux journaux et périodiques; vente de timbres fiscaux; vente de formulaires pour les examens organisés par les services publics; télécards, titres de transport pour les transports en commun vicinaux, guides SNCB, photocopies, numismatique...

4. - Monopole postal et droit européen

23. - Les dispositions de la loi du 21 mars 1991 relatives au monopole postal ont été adoptées alors qu'aucune législation, ni même projet de législation, n'existait au niveau européen de telle sorte que le Parlement n'excluait pas de devoir amender la loi du 21 mars 1991 sur ce point en fonction des directives à venir.

Pour l'heure, celles-ci n'ont pas encore vu le jour; toutefois, il importe de relever, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 1991, deux éléments, lesquels semblent confirmer l'option prise par le législateur belge:

- le 13 mai 1992, la Commission a approuvé le «Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux» ³⁶; l'approche qui y est préconisée revient à maintenir le monopole postal en ce qui concerne la correspondance privée et commerciale, afin de garantir la viabilité du réseau géré par les administrations postales, tout en ouvrant progressivement à la concurrence les autres services postaux, tels que le courrier express, le service des publications, le courrier transfrontalier et le publipostage. Le Livre vert n'aborde toutefois pas la question des services financiers du réseau postal;

- le 19 mai 1993, la Cour de Justice des Communautés européennes a jugé, dans l'affaire Corbeau ³⁷, que l'article 90 du Traité CEE s'oppose à ce qu'une réglementation d'un Etat membre qui confère à une entité telle que la Régie des postes le droit exclusif de collecter, de transporter et de distribuer le courrier, interdise à un opérateur économique établi dans cet Etat d'offrir certains services spécifiques, qui ré-

²⁸ Arrêté royal du 12 janvier 1970 portant réglementation du service postal, art. 168.

²⁹ Loi du 29 février 1984, art. 6; arrêté royal du 10 juin 1985 relatif à la perception et à la consignation d'une somme, art. 5.

³⁰ Arrêté royal du 12 janvier 1970 précité, art. 169.

³¹ Arrêté royal du 12 janvier 1970 précité, art. 164.

³² Voy. Rapport Chambre, *op. cit.*, pp. 36, 184 et 191: virements, chèques postaux, comptes à vue...

³³ Art. 2, § 1er, 1.3 du contrat de gestion précité.

³⁴ Rapport Chambre, *op. cit.*, p. 195: un des critères de définition du courrier accéléré est le «tracking and tracing», à savoir la possibilité pour l'opérateur de suivre à chaque instant le cheminement de ce type de courrier.

³⁵ *Ibidem*, p. 184-185.

³⁶ COM (91) 476 final.

³⁷ Aff. C-320/91, *Jur. F.*, 1993/13, p. 14, note et *J.T.D.E.*, 1993, n° 1, p. 14. L'espèce concerne des envois du courrier accéléré.

pondent à des besoins particuliers des opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas, dans la mesure où ces services ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif. Tels sont les critères de compatibilité du monopole postal avec le droit européen de la concurrence ³⁸, lesquels doivent encore être traduits dans une directive.

C. – La SNCB

24. – La SNCB se voit confier, à titre d'objet social, «le transport des voyageurs et de marchandises par chemin de fer», en ce compris «le fait de fabriquer et de vendre des biens ou des services ayant trait directement ou indirectement à l'activité ferroviaire» ³⁹.

Pour l'heure, aucune des activités se rapportant à l'objet social de la SNCB n'est à proprement parler mise en concurrence de telle sorte que l'on distinguera, parmi celles-ci, les missions de service public et les activités ordinaires, les unes et les autres faisant l'objet d'un monopole tantôt de droit, tantôt de fait.

Suivant l'article 156 de la loi du 21 mars 1991, les missions de service public assignées à la SNCB sont de trois ordres:

1. – *Le transport intérieur de voyageurs assuré par les trains du service ordinaire*

25. – Selon les travaux préparatoires de la loi du 21 mars 1991, la notion de «service ordinaire» doit être comprise dans son sens usuel, notamment «par opposition aux services spéciaux organisés d'initiative par la SNCB pour rencontrer une clientèle particulière ou à la demande d'organisateurs de manifestations diverses» ⁴⁰.

Sont ainsi visés:

- les trains IC, IR, L, P et T;
- «la mise en service éventuelle de trains supplémentaires pour les services réguliers» ⁴¹ précisés par le contrat de gestion comme «des trains de pointe ou de renfort circulant en complément et/ou en supplément des trains» précités et les «trains touristiques programmés ou organisés pour faire face aux afflux saisonniers» ⁴²;

³⁸ Voy. pour une étude générale, L. DEFALQUE, «Le traité de la C.E.E. interdit-il la création, le maintien ou l'extension de monopoles nationaux?», *J.T.D.E.*, 1993, pp. 42 à 46.

³⁹ Loi du 23 juillet 1926 créant la SNCB., art. 1er bis tel que remplacé par l'art. 155 de la loi du 21 mars 1991.

⁴⁰ Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 79.

⁴¹ Rapport Chambre, *op. cit.*, p. 400.

⁴² Art. 10, al. 1er, 3° et 4°, du contrat de gestion (*Mon. b.*, 14 octobre 1992, p. 21.987).

– et, selon l'article 3, 1°, du contrat de gestion, «les trains ayant pour objet le renforcement et l'amélioration de la desserte des grandes agglomérations» (c'est-à-dire les projets RER).

Le contrat de gestion approuvé par l'arrêté royal du 30 septembre 1992 englobe également, dans cette première mission de service public, «la maintenance du matériel roulant y affecté», ce qui constitue une précision intéressante pour le sujet qui nous occupe mais qui semble en contradiction avec d'autres dispositions du contrat de gestion sur lesquelles nous reviendrons. De même, figure en annexe 1 du contrat de gestion le réseau des lignes ferroviaires affectées au transport intérieur de voyageurs bien que, pour ce qui concerne les commandes publiques, cette précision semble surabondante en raison de la seconde mission de service public confiée à la SNCB, à savoir la maîtrise de l'infrastructure ferroviaire dans son ensemble.

Enfin, l'article 13, alinéa 6, du contrat de gestion prévoit que la SNCB peut, «dans des cas limités et pour certaines relations locales», organiser elles-mêmes des dessertes par autobus «lorsque des critères économiques impératifs et indiscutables le justifient».

26. – Relèvent par conséquent des activités ordinaires de la SNCB qu'elle exerce en toute autonomie – ce que rappelle l'article 4 du contrat de gestion ⁴³ – les autres services de transport ferroviaire ⁴⁴, à savoir:

– le transport international des voyageurs: pour l'heure, cette activité est confiée à la seule SNCB, laquelle doit en définir, dans son plan d'entreprise, les conditions générales d'exploitation ⁴⁵, sans que ne soit toutefois exclue une éventuelle concession à un «tiers» moyennant le respect des conditions fixées par l'article 161 de la loi du 21 mars 1991. Si le service T.G.V., lequel a, du moins en Belgique, une vocation quasi-exclusivement internationale, échappe ainsi aux contraintes de droit public, qu'en est-il des trains «mixtes» qui servent à la fois aux liaisons nationales et internationales? Selon les travaux préparatoires, «le contrat de gestion devait déterminer la part de "service public" de ces trains» ⁴⁶, ce dont il s'est toutefois abstenu, laissant ainsi la question non résolue;

– le transport interne ou international de marchandises;

⁴³ «Il appartient à la SNCB. d'apprécier sa participation à l'exécution de prestations qui ne relèvent pas des missions de service public imparties par la loi».

⁴⁴ Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 159-160; Rapport Chambre, *op. cit.*, pp. 10, 201 et 202, 400 et 401; Rapport Sénat, *op. cit.*, pp. 158-159.

⁴⁵ Loi du 21 mars 1991, art. 160.

⁴⁶ Rapport Chambre, *op. cit.*, p. 400; Rapport Sénat, *op. cit.*, pp. 159-160.

- le transport combiné;
- les trains spéciaux mis en service à la demande de tiers;
- selon l'article 16 du contrat de gestion, les trains du service ordinaire excédant l'offre minimale garantie par les articles 11, 12 et 13 du même contrat: le contrat de gestion paraît ainsi exonérer des contraintes de droit public, un secteur d'activités qui, comme on vient de le voir, est pourtant de service public aux termes de l'article 156, 1^o, de la loi du 21 mars 1991.

2. – L'infrastructure ferroviaire

27. – Celle-ci est constituée de l'ensemble des équipements de voie et des installations qui y sont directement rattachées, telles que signalisation, alimentation électrique... ainsi que les terrains où ces équipements et ces installations se situent: sont ainsi visés la construction ou l'extension d'une ligne, l'entretien et la réparation de voies...⁴⁷. Assez curieusement, le contrat de gestion y englobe également les investissements en matériel roulant relatifs tant à l'acquisition, la transformation et la construction (article 18) qu'à l'entretien, la gestion et l'exploitation de ce matériel (art. 25, alinéa 2); étant donné que le matériel roulant ne paraît pas constituer en lui-même un élément de l'infrastructure ferroviaire et que l'on ne trouve pas, dans les travaux préparatoires, des éléments permettant de s'écarter du sens usuel des mots, l'activité de maintenance *sensu lato* du matériel roulant semble en réalité devoir être rattachée tantôt aux missions de service public, tantôt aux activités ordinaires, selon les services de transport auxquels il est affecté; l'article 3, 1^o, du contrat de gestion procède d'ailleurs de la sorte à l'égard du matériel roulant affecté au transport interne de voyageurs.

Par contre, cette notion ne recouvre pas les bâtiments administratifs, les ateliers et le matériel informatique de bureau selon la liste annexée au rapport de la Chambre.

D'autre part, comme il a été précisé lors des travaux préparatoires⁴⁸, l'infrastructure est considérée dans son ensemble, quelles que soient la nature et l'importance du trafic qui y circule; il était en effet impossible de répartir les éléments de l'infrastructure selon qu'ils sont consacrés aux missions de service public ou aux activités ordinaires. Ainsi, le contrat de gestion traite-t-il également, dans cette rubrique, de l'infrastructure se rapportant aux lignes à grande vitesse, y compris les lignes «en site propre», alors que le service TGV lui-même n'est pas une mission de service public.

28. – En matière d'infrastructure ferroviaire, le contrat de gestion distingue entre les investissements d'aménagement, de renouvellement et d'établissement (art. 18) et les opérations en relation avec l'entretien, la gestion et l'exploitation (art. 25). Les premiers font l'objet d'une programmation à partir d'un plan décennal négocié avec l'Etat, tandis que les seconds sont décidés par la SNCB moyennant l'établissement de comptes distincts transmis pour vérification à l'administration (art. 26).

3. – Les prestations pour les besoins de la Nation

29. – Le contrat de gestion précise, en son article 27, les quatre prestations pour les besoins de la Nation qui sont actuellement assignées à la SNCB; toute nouvelle prestation doit faire l'objet d'un avenant à ce contrat.

Il s'agit, pour ce qui concerne notre sujet, du maintien de lignes qui ne sont plus exploitées mais qui peuvent servir pour la préparation et la mise en oeuvre de la défense civile et militaire.

III. – OBSERVATIONS

30. – Comme on l'a vu, l'application aux marchés des entreprises publiques autonomes des dispositions de la loi du 14 juillet 1976 est tributaire, en vertu de l'article 11, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991, d'un critère fonctionnel, à savoir la définition des missions de service public assignées à chacune de ces entreprises. La détermination qui vient d'être faite des activités assujetties et, dès lors, l'applicabilité de la législation relative aux marchés publics suscitent trois observations générales.

A. – Difficultés d'application du critère légal

31. – Rigoureuse dans son principe, la distinction, au sein des activités autorisées par l'objet social de chaque entreprise publique, entre missions de service public et activités ordinaires l'est moins dans son application pratique. Ainsi que le Conseil d'Etat l'a fait observer à propos du champ d'application limité de l'immunité d'exécution⁴⁹, l'identification concrète des contrats ayant trait à la mise en oeuvre des tâches de service public risque de se heurter à certaines difficultés d'interprétation. A cet égard, les contrats de gestion qui doivent déterminer les modalités concrètes de l'exercice des missions de service public, au besoin en spécifiant ces missions,

⁴⁷ Rapport Chambre, *op. cit.*, p. 400.

⁴⁸ Rapport Chambre, *op. cit.*, pp. 60 et 201.

⁴⁹ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 1287/1, p. 162. Voy. également les déclarations du Premier ministre lors des travaux préparatoires de la loi du 24 décembre 1993, à propos de l'art. 1^{er}, § 2, in *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 656/1, p. 11 et n° 656/2, pp. 28-29.

n'ont pas toujours atteint le degré de précision requis, voire ont compliqué la tâche de l'interprète.

Ainsi en va-t-il notamment des activités «mixtes» qui mêlent des prestations de service public et des tâches ordinaires. L'on pense aux bâtiments, aux ateliers et au matériel informatique de bureau dans chacune des entreprises publiques ou aux liaisons ferroviaires qui assurent le transport tant interne qu'international des personnes à propos desquelles le contrat de gestion ne paraît pas avoir apporté les éclaircissements souhaités. Du reste, le législateur n'a pas, pour les marchés publics, précisé, comme il l'a fait pour le principe de l'immunité d'exécution, que sont visés «les biens entièrement ou partiellement affectés à la mise en oeuvre des tâches de service public».

De même, le contrat de gestion ne paraît pas toujours se conformer à la répartition des activités opérée par la loi. Ainsi, le contrat de gestion de la Poste classe, parmi les missions de service public exercées à titre exclusif, le débit des timbres-poste et d'autres valeurs postales alors que cette tâche est exclue du monopole postal par l'article 141, 3°, de la loi du 21 mars 1991. Le contrat de gestion de la SNCB intègre, pour sa part, les investissements en matériel roulant dans la notion d'infrastructure ferroviaire, ce qui a pour conséquence de les soumettre à la loi du 14 juillet 1976, quel que soit l'usage auquel ce matériel est affecté, alors que tel ne semble pas avoir été le voeu du législateur comme il a été démontré ci-dessus (voy. *supra*, n° 27)..

32. – L'application limitée de la loi du 14 juillet 1976 se heurte à une autre difficulté, plus théorique, en raison du prescrit de l'article 11, § 1er, de la loi du 21 mars 1991: ne sont concernés, selon ses propres termes, que «les marchés ayant trait à la mise en oeuvre des tâches (et non des missions) de service public».

Or, il ressort de l'article 3 de la même loi que les termes «missions de service public» et «tâches de service public» ne doivent pas recevoir la même signification, ce que corroborent les travaux préparatoires: «Dans la présente loi, la distinction est faite entre "missions", définies par la loi organique de chaque entreprise publique autonome, et "tâches", identifiées par le contrat de gestion. Le premier terme recouvre essentiellement le champ d'application des activités de service public (...) tandis que le second terme a trait à ces activités elles-mêmes»⁵⁰.

Du contenu des contrats de gestion de Belgacom, de la Poste et de la SNCB, il apparaît que les tâches de service public constituent en réalité des objectifs à réaliser par l'entreprise publique dans le domaine de ses missions de service public plutôt que l'iden-

tification concrète et précise, sous la forme d'un catalogue, de toutes les activités relevant des missions de service public. Cette conception transparaît également des travaux préparatoires: ce sont «des engagements pris par l'entreprise publique de mettre à disposition un équipement ou un service»⁵¹; «les tâches décrites sont considérées comme un minimum (...) afin de ne pas empêcher l'amélioration du service rendu à la clientèle»⁵²; «les tâches doivent plutôt s'entendre comme l'indication de seuils à respecter»⁵³.

Faut-il dès lors en déduire que la loi du 14 juillet 1976 ne s'applique qu'à la partie des prestations de service public qui est contenue dans le contrat de gestion? Autrement dit, les prestations de service public qui dépassent les seuils et les objectifs fixés par le contrat de gestion échapperaient à l'emprise de la loi sur les marchés publics alors même qu'elles relèveraient des missions de service public.

Certes, pareille interprétation peut s'autoriser d'une déclaration en ce sens du Ministre des Communications en Commission du Sénat: «les missions ou activités de l'entreprise qui ne seront pas reprises dans le contrat de gestion, seront par définition des matières pour lesquelles l'entreprise publique se situera au niveau d'une entreprise privée ordinaire»⁵⁴. Dans la même optique, le contrat de gestion de la SNCB prévoit, en son article 16, que «dans le cadre de son *autonomie*, la SNCB met en oeuvre (...) les trains du service ordinaire excédant l'offre minimale visée aux articles 11, 12 et 13 qu'elle garantit».

Elle ne me paraît pas cependant pouvoir être suivie pour les raisons suivantes.

Tout d'abord, la soumission de l'entreprise publique aux règles relatives aux marchés publics ne saurait être fonction du degré plus ou moins grand de précision du contrat de gestion, ni surtout être conditionnée par des seuils ou des objectifs variables éventuellement annuellement. Telle prestation n'est pas de service public selon qu'elle atteint ou non un minimum quantitatif ou qualitatif fixé contractuellement.

Une telle conception se heurte en outre à la philosophie générale sous-jacente à la loi du 21 mars 1991, laquelle est «de réserver le statut de mission de service public à certaines activités qui doivent échapper, en raison de la nature des intérêts en cause, à l'application de la logique marchande pure et être gérées selon des formes particulières qui permettent d'assurer l'accès à tous dans des conditions de permanence»⁵⁵.

⁵¹ Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 11.

⁵² Rapport Sénat, *op. cit.*, p. 29.

⁵³ Rapport Chambre, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁴ Rapport Sénat, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁵ D. NUCHELMANS et G. PAGANO, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 10; voy. aussi Rapport Chambre, *op. cit.*, p. 6; Rapport Sénat, *op. cit.*, pp. 4 et 28-29.

L'adoption d'une telle thèse revient également à admettre que le contrat de gestion peut modifier la loi ou, à tout le moins, modifier le statut légal attribué à une activité alors que le classement d'une activité, en mission de service public ou non, relève du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du législateur.

Enfin, le fractionnement des missions de service public en fonction des objectifs fixés par le contrat de gestion ne paraît pas conforme, comme nous le verrons ci-après, au droit communautaire des marchés publics.

Il en va bien entendu autrement lorsque les missions de service public doivent être, en vertu de la loi, définies dans le contrat de gestion comme les prestations de nature sociale ou humanitaire en matière de télécommunications publiques confiées à Belgacom, les services obligatoires exclusifs dont est chargée la Poste ou encore les prestations que la SNCB est tenue de fournir pour les besoins de la Nation. Dans ce cas, la loi du 14 juillet 1976 ne s'applique qu'aux marchés relatifs aux activités spécifiées par le contrat de gestion.

D'autre part, les réflexions qui précèdent n'ont trait qu'à l'applicabilité des règles relatives aux marchés publics; elles ne préjudicient en rien de l'autonomie de gestion conférée aux entreprises publiques dans les prestations de service public qui excèdent les seuils ou objectifs fixés par le contrat de gestion. C'est sans doute en ce sens que doivent être compris les passages précités des travaux préparatoires et du contrat de gestion de la SNCB.

B. – Incidences du droit européen

33. – La scission fonctionnelle des entreprises publiques en missions de service public et activités ordinaires rompt, comme la doctrine l'a amplement souligné, avec les conceptions classiques du droit administratif, lesquelles qualifiaient d'office de service public toutes les activités exercées par des institutions de droit public.

La loi du 14 juillet 1976 s'inscrit dans la lignée de cette longue tradition juridique; elle ne distingue pas en effet les activités des personnes morales de droit public, lesquelles y sont dès lors soumises quelles que soient leurs prestations sauf disposition légale contraire.

34. – Le droit communautaire participe pour sa part à une conception plutôt fonctionnelle du service public. Ainsi, l'article 90, alinéa 2, du Traité de Rome exonère de l'application des règles du Traité les missions particulières imparties aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général. De même, dans les secteurs dits «exclus» dont font partie certaines des entreprises publiques autonomes belges, les directives communau-

taires en matière de commandes publiques s'appliquent à des activités déterminées de ces entités⁵⁶.

En n'assujettissant à la loi du 14 juillet 1976 qu'une partie des activités des entreprises publiques concernées, l'article 11 de la loi du 21 mars 1991 semble dès lors se conformer à l'esprit des directives précitées. Encore faut-il que les prestations exonérées et assujetties de part et d'autre coïncident.

Or, tel n'est pas nécessairement le cas, le champ d'application *ratione materiae* des directives communautaires n'étant en effet pas déterminé en fonction de la distinction opérée par le législateur belge. Ainsi, le transport international des voyageurs n'est plus soumis, en vertu de l'article 156 de la loi du 21 mars 1991, à la loi du 14 juillet 1976 alors que cette activité relève de l'exploitation d'un réseau de transport par chemin de fer visée par les directives «secteurs exclus».

35. – Quoique les directives précitées n'aient pas encore été entièrement transposées dans l'ordre juridique belge⁵⁷, les entreprises publiques autonomes fédérales doivent depuis le 1er janvier 1993 respecter les dispositions suffisamment claires et précises de la directive C.E.E. n° 90/531 du 17 septembre 1990, relayée depuis le 1er juillet 1994 par la directive n° 93/38 du 14 juin 1993, pour leurs activités menées dans les secteurs des transports et des télécommunications au sens de cette directive.

Par conséquent, dès lors que le marché a trait à une activité assujettie à la directive n° 93/38 du 14 juin 1993, les règles suivantes doivent être observées:

1° soit le marché n'a pas trait à la mise en oeuvre d'une mission de service public: seules les dispositions directement applicables de la directive régissent le marché, lequel n'est pas soumis à la loi du 14 juillet 1976 selon l'article 11, § 1er, de la loi du 21 mars 1991;

2° soit le marché a trait à la mise en oeuvre d'une mission de service public: la loi du 14 juillet 1976 et la directive n° 93/38 précitée se combinent comme suit: sont applicables les dispositions de la loi du 14 juillet 1976 qui sont compatibles avec la directive ou plus contraignantes que celle-ci; sont par contre ex-

⁵⁶ Ce sont les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Voy. Dir. C.E.E., n° 90/531, du 17 septembre 1990, *J.O.C.E.* 29 octobre 1990, n° L. 297, p. 1, art. 2.2 (marchés publics de travaux et de fournitures); Dir. C.E.E., n° 93/38, du 14 juin 1993, *J.O.C.E.* 9 août 1993, n° L. 199, p. 84, art. 1er, 4, c), et art. 2.2 (coordination de la directive n° 90/531 et des dispositions applicables aux marchés publics de services).

⁵⁷ La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (*Mon. b.*, 22 janvier 1994, p. 1308) est partiellement entrée en vigueur au 1er septembre 1994 à l'égard des marchés de travaux et de fournitures régis par le livre II de la loi et «annoncés à partir de cette date ainsi qu'à ceux pour lesquels, à défaut d'avis, la décision de procéder à un marché est prise à partir de cette date» (*A.R.* du 26 juillet 1994, art. 30, *Mon. b.*, 18 août 1994).

clues les dispositions légales incompatibles ou inadaptes⁵⁸.

36. – La loi du 24 décembre 1993 précitée, partiellement en vigueur, tend à remédier à cette période d'insécurité juridique sur la base des options suivantes⁵⁹:

– les marchés des entreprises publiques autonomes se rapportant aux missions de service public sont soumis à la loi⁶⁰ et ce, quel que soit le montant du marché – qu'il soit inférieur, égal ou supérieur au seuil européen – «afin d'éviter que des règles plus strictes ne régissent des marchés de moindre valeur»⁶¹;

– les marchés de ces mêmes entreprises qui ne se rapportent pas à leurs missions de service public mais qui ont trait à des activités visées par la directive n° 93/38 précitée sont soumis non pas au régime de droit commun contenu dans le livre premier de la loi du 24 décembre 1993, mais à des règles particulières déterminées par le livre II de la même loi en vigueur depuis le 1er septembre 1994, pour autant cette fois que le montant du marché atteigne les seuils européens⁶²; en dessous de ces seuils, de même qu'en dehors des quatre secteurs dits «exclus», la loi du 24 décembre 1993 n'est applicable, en aucun de ses livres, à ces marchés⁶³.

⁵⁸ Voy. en ce sens les circulaires du Premier ministre du 18 décembre 1992 (*Mon. b.*, 24 décembre 1992, p. 27.352), du 24 décembre 1993 (*Mon. b.*, 24 décembre 1993, p. 28.627) et du 30 mai 1994 (*Mon. b.*, 3 juin 1994, p. 15.351).

⁵⁹ Voy. pour un examen approfondi Ph. et M.A. FLAMME, «La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics: révolution ou européanisation?», *J.T.*, 1994, pp. 385 à 402.

Voy. les extraits significatifs suivants des travaux préparatoires cités par P. Nihoul, *La nouvelle loi sur les marchés publics*, Kluwer, 1994:

– art. 1er, § 2: *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 656/1, p. 11 (exposé des motifs) et n° 656/2, pp. 28-29 (rapport);

– art. 26, al. 2: exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 35-36; rapport Sénat, *op. cit.*, pp. 60-61;

– art. 46: rapport Sénat, *op. cit.*, pp. 75-76;

– art. 63: exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 9-10 et 46-47.

⁶⁰ Loi du 24 décembre 1993, art. 26 à 41 pour les missions de service public exercées dans l'un des quatre «secteurs exclus» précités et art. 4 à 25 pour les missions de service public étrangères à ces quatre secteurs d'activités du moins si le besoin statutairement fixé revêt un caractère autre qu'industriel et commercial (art. 4, § 2, 8°, de la même loi), ce qui ne nous semble pas être le cas d'une entreprise même publique (voy. toutefois l'opinion de Ph. et M.A. Flamme, *op. cit.*, p. 388, nos 9 et 10 de même que l'adoption d'un amendement, à l'art. 4, § 2, 1°, visant à supprimer de la notion «organismes d'intérêt public» l'exclusion initialement prévue des entreprises publiques visées à l'art. 26, au motif qu'il n'est pas exclu que, pour certaines entreprises publiques belges, les directives traditionnelles fournitures, travaux et services s'appliquent nonobstant le contenu de la loi de 1991 sur les entreprises publiques» (Rapport Sénat, *op. cit.*, p. 37)).

⁶¹ Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 8.

⁶² Loi du 24 décembre 1993, article 63.

⁶³ Selon l'exposé des motifs, ces marchés «seront uniquement soumis à des règles similaires à celles de leurs concurrents de droit privé. Le souci de ne pas fausser la concurrence l'emporte en l'espèce, ce qui n'empêche évidemment pas l'autorité d'exercer dans chaque cas un contrôle du respect des principes élémentaires du droit public» (*op. cit.*, p. 3). Adde, *ibidem*, p. 46.

Le nouvel libellé de l'article 11, § 1er, de la loi du 21 mars 1991, tel que prévu par l'article 46 de la loi du 24 décembre 1993, reflète désormais cette dualité. La nouvelle législation affecte donc principalement le régime juridique des marchés relatifs aux tâches ordinaires des entreprises publiques autonomes: alors qu'elles étaient exonérées du respect de la loi du 14 juillet 1976, elles sont depuis le 1er septembre 1994 assujetties au régime souple du livre II de la loi du 24 décembre 1993 du moins lorsqu'elles ont trait à des activités visées par ce livre II et dépassent les seuils européens.

C. – Lien entre missions de service public et monopole

37. – Ainsi qu'il a déjà été souligné, les missions de service public ne coïncident pas nécessairement avec le monopole conféré à l'entreprise publique. Tout en conservant leur statut, ces activités peuvent dès lors être exercées par d'autres opérateurs selon les règles de la concurrence.

Il s'ensuit que les concurrents de l'entreprise publique opèrent dans ces secteurs d'activités selon un cadre juridique de droit privé alors que l'entreprise publique reste soumise aux contraintes de droit public. Cette inégalité de traitement peut avoir des conséquences importantes dans le domaine des marchés: publicité des procédures, impossibilité pour l'entreprise publique de négocier avec les soumissionnaires⁶⁴...

Cette distinction entre missions de service public et monopole trahit l'hésitation du législateur à affranchir totalement du statut de droit public les activités qui ne peuvent plus être monopolisées en vertu du droit européen.

Pareille dérégulation inachevée semble d'ailleurs en contradiction avec l'option de base de la loi du 21 mars 1991, selon laquelle «dans la situation actuelle, les contraintes administratives imposées aux entreprises empêchent la valorisation complète de leur potentiel économique, notamment en ce qui concerne leurs activités dans le secteur concurrentiel»⁶⁵.

Plus fondamentalement, ces dispositions ne contrevennent-elles pas aux dispositions du Traité de Rome, tels que les articles 90 et 222, qui tendent à mettre sur pied d'égalité, au regard du droit de la concurrence, les entreprises privées et publiques en-dehors des droits exclusifs reconnus? La concurrence n'est-elle pas faussée pour une fois au détriment des

⁶⁴ Sous réserve évidemment des procédures négociées dont les conditions d'accès ont été assouplies par la loi du 24 décembre 1993 (art. 17 et 39, § 2).

⁶⁵ Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 4.

entreprises publiques ⁶⁶? Tel pourrait être un jour l'objet d'une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés européennes.

Section II. – L'article 11, § 2, de la loi du 21 mars 1991 ⁶⁷

38. – Cette disposition identifie les autorités habilitées à prendre les décisions dans le domaine des marchés. Un principe est posé; il est assorti d'une exception.

I. – PRINCIPE

39. – L'article 11, § 2, alinéa 1er, attribue aux organes de gestion des entreprises publiques l'ensemble des décisions menant à la conclusion de marchés, soit depuis la décision de procéder à l'investissement jusque et y compris la conclusion du contrat. La terminologie utilisée («Les marchés (...) sont passés (...)») ne confine en effet pas cette compétence aux seules décisions d'attribution.

Pour Belgacom et la Poste, cette évolution est marquante puisque les décisions en la matière étaient prises jusqu'à l'entrée en vigueur de leur contrat de gestion par le ministre compétent en vertu de l'article 2, § 1er, de la loi du 14 juillet 1976.

A. – Conseil d'administration

40. – L'organe de gestion compétent est normalement le conseil d'administration, autorité collégiale composée paritairement sur le plan linguistique.

⁶⁶ Selon l'exposé des motifs, «la soumission des entreprises publiques autonomes à des procédures strictes de passation de marchés pour les moyens matériels qu'elles affectent à des tâches commerciales aboutirait en effet à fausser la concurrence par rapport à leurs compétiteurs privés» (*op. cit.*, p. 18). Cette réflexion me paraît pouvoir être élargie aux prestations de service public exercées en concurrence.

⁶⁷ Cette disposition est libellée comme suit: «Les marchés de travaux, de fournitures et de services sont passés par ou en vertu d'une décision du conseil d'administration de l'entreprise publique. Le conseil d'administration détermine les marchés pour lesquels le comité de direction est seul compétent et les marchés pour lesquels le comité peut déléguer la décision.

Par dérogation à l'alinéa 1er, le contrat de gestion peut, pour les marchés ayant trait à la mise en oeuvre de tâches de service public, désigner les matières qui sont d'intérêt économique stratégique et pour lesquelles la décision de passer le marché est soumise, selon le montant du marché, à l'approbation du Ministre dont relève l'entreprise publique ou du comité ministériel compétent en matière d'investissements publics.

Si la décision du Ministre ou du comité ministériel n'est pas conforme à la proposition de l'entreprise publique concernée et qu'il en résulte pour celle-ci un coût supplémentaire, ce coût supplémentaire devra être couvert par une intervention équivalente à charge du budget général des dépenses de l'Etat».

B. – Délégations

41. – Toutefois, la loi autorise les délégations en faveur du comité de direction, lequel peut être habilité à subdéléguer ses pouvoirs. Il appartient au conseil d'administration de déterminer les marchés qui requièrent son accord, ceux pour lesquels le comité de direction est exclusivement compétent et ceux qui peuvent faire l'objet d'une délégation par le comité de direction ⁶⁸.

42. – Cette disposition a d'ores et déjà été mise en oeuvre au sein des entreprises publiques autonomes concernées:

– Ainsi, par une décision du 22 décembre 1992, le conseil d'administration de Belgacom a délégué au comité de direction «tous les pouvoirs inhérents à la passation et à la gestion des marchés publics et des contrats civils de travaux, de fournitures et de services» sous réserve des marchés supérieurs à 300 millions de francs pour lesquels l'accord préalable du conseil d'administration est requis à certains stades de la procédure et sans préjudice d'un droit d'évocation pour les marchés inférieurs à ce montant ⁶⁹.

Pour sa part, le comité de direction de Belgacom a pris, le 10 novembre 1992, une décision relative aux délégations de pouvoir en la matière ⁷⁰. Par une décision du 10 janvier 1994, le comité de direction a précisé que les engagements compris entre 50 et 300 millions de francs sont pris en commun par l'administrateur délégué et l'administrateur-directeur compétent ⁷¹.

Les nouveaux statuts de Belgacom fixés par l'arrêté royal du 16 décembre 1994 ⁷², à la suite de sa transformation en société anonyme de droit public, instituent, comme organe de gestion journalière, non plus le comité de direction, mais l'administrateur délégué (art. 16, § 2, des statuts), lequel compose un comité de direction (art. 16, § 3). Il s'ensuit que les délégations en matière de marchés publics s'opéreront en faveur désormais de l'administrateur délégué, soit exclusivement, soit en l'autorisant à subdéléguer son pouvoir à un membre du comité de direction (art. 22, § 4, et 25, § 3, des statuts).

– En ce qui concerne la SNCB, l'article 14 de l'arrêté royal du 30 septembre 1992 approuvant le premier contrat de gestion de cette entreprise publique en fixe les nouveaux statuts, remplaçant intégralement ceux élaborés par l'arrêté royal du 21 mars 1961. En son article 15, les nouveaux statuts se contentent de reproduire le texte de l'article 11, §

⁶⁸ Voy. l'art. 19, al. 3, de la loi du 21 mars 1991.

⁶⁹ Pour plus de détails, voy. le texte de la décision qui est publiée au *Moniteur* du 18 février 1993, p. 3652.

⁷⁰ Voy. *Mon. b.*, 16 décembre 1992, pp. 26.741 à 26.745.

⁷¹ *Mon. b.*, 25 mars 1994, p. 8331.

⁷² *Mon. b.*, 22 décembre 1994 (vig. même date).

2, alinéa 1er, de la loi du 21 mars 1991. Aucune décision n'a, à ma connaissance, été publiée.

— Quant à la Poste, les éventuelles décisions de délégation n'ont pas non plus été publiées. L'arrêté ministériel du 19 octobre 1988 modifié par les arrêtés ministériels du 24 novembre 1989 et du 11 avril 1991 ne sont en tout état de cause plus applicables depuis l'entrée en vigueur du contrat de gestion, la structure organique de l'entreprise publique n'étant plus la même. Toutefois, par une décision du 5 octobre 1992 «relative aux délégations de pouvoir en matière immobilière et locative»⁷³, le conseil d'administration a délégué au comité de direction la compétence notamment «en matière de constructions d'immeubles (...) pour un montant n'excédant pas cinquante millions de francs par opération», cette compétence étant par ailleurs intégralement transférée à l'administrateur-directeur responsable de la gestion de l'infrastructure et de la logistique par une décision du 22 octobre 1992 du comité de direction⁷⁴. Indépendamment de la question de la légalité d'une subdélégation intégrale de ses compétences par le comité de direction, il est permis de s'interroger sur la portée exacte de la délégation en raison des termes peu précis qui sont utilisés. Sont vraisemblablement visés les marchés de travaux ou de promotion relatifs à la construction d'immeubles⁷⁵. Nous semblent par contre exclus les marchés de fournitures⁷⁶, lesquels ont trait à l'équipement des immeubles, tout comme les marchés de services qui s'éloignent par trop de la notion de «construction».

43. — Comme on le constate, les délégations de pouvoir opérées en matière de marchés publics n'ont pas toutes été publiées, ce qui pose le problème de leur opposabilité aux tiers et, particulièrement, aux cocontractants de ces entreprises.

En effet, en vertu de l'article 190 de la Constitution, aucun arrêté ou règlement d'administration générale n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi. Sur la base de l'article 56, § 1er, al. 4, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, le Conseil d'Etat a jugé que les arrêtés de délégation doivent, pour être opposables, être publiés au Moniteur belge intégralement ou par extrait ou simple mention selon qu'ils intéressent ou non la généralité des citoyens⁷⁷.

⁷³ *Mon. b.*, 16 avril 1994, p. 10.197.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Dans son préambule, la décision du 5 octobre 1992 se réfère à l'art. 11, § 2, de la loi du 21 mars 1991 et tend ainsi à couvrir le domaine des marchés publics.

⁷⁶ Sauf en temps qu'accessoire à un marché de travaux.

⁷⁷ C.E., Decuyper, n° 12.473, du 21 juin 1967; Ville de Huy, n° 24.235, du 9 mai 1984, *A.P.T.*, 1984/4, p. 311 avec avis et rapport de Mme Thomas; Wittermans, n° 36.040, du 18 décembre 1990.

Toutefois, dans un arrêt récent⁷⁸, le Conseil d'Etat a considéré qu'un arrêté ministériel de délégations de pouvoirs en matière de marchés publics pris en application de l'arrêté royal du 13 décembre 1977 «n'offre pas le caractère d'utilité publique requis par l'article 56, § 1er» précité et ne doit dès lors pas être publié. Il nous paraît cependant que cet arrêt, isolé, va à l'encontre de la jurisprudence précitée et de la doctrine⁷⁹ dans la mesure où ces délégations de pouvoir intéressent, sinon la généralité des citoyens, du moins une catégorie particulière de ceux-ci, à savoir les tiers intéressés par les marchés publics de ces entreprises.

Pour le surplus, on rappellera que si le défaut de publication de la délégation affecte, non pas sa validité, mais son opposabilité, les actes du délégataire sont pour leur part entachés de nullité en raison de l'incompétence de leur auteur.

44. — Le prescrit de l'article 11, § 2, alinéa 1er de la loi du 21 mars 1991 s'inscrit dans le cadre de l'article 2, § 3, alinéa 1er, de la loi du 14 juillet 1976, lequel prévoit aussi la faculté de délégation.

Toutefois, selon l'article 2, § 3, alinéa 2, de la loi du 14 juillet 1976, les autorités auxquelles l'article 12, § 2, de cette même loi reconnaît le pouvoir de déroger à la règle d'attribution du marché à la soumission la plus basse ne peuvent pas déléguer ce pouvoir; de même, l'article 12, § 2, réserve ce pouvoir de dérogation au ministre. Cette double restriction s'applique-t-elle aux trois entreprises publiques en cause?

Dans son avis du 24 juin 1992 sur le projet d'arrêté royal relatif à l'approbation du premier contrat de gestion de Belgacom⁸⁰, le Conseil d'Etat, section de législation, a apporté une réponse positive à cette question en estimant qu'«en chargeant le conseil d'administration de l'entreprise publique du pouvoir d'attribuer le marché et en l'habilitant à déléguer ce pouvoir, le législateur s'est conformé à l'article 2, §§ 2 et 3, alinéa 1er, de la loi du 14 juillet 1976, tout en laissant intacte la règle contenue dans l'alinéa 2 de ce paragraphe 3 (...). En prenant ces règles, le législateur de 1991 n'est pas sorti du cadre de la législation de 1976. Les articles 2, § 3, alinéa 2, et 12, § 2 de la loi du 14 juillet 1976 restent saufs».

Dans le rapport au Roi précédant cet arrêté royal, le gouvernement s'est écarté de la thèse suivie par le Conseil d'Etat en considérant que «à l'égard de Belgacom, les dispositions régissant cet aspect des marchés contenues dans ou prises en exécution de la loi du 14 juillet 1976 (...) ne s'avèrent en consé-

⁷⁸ C.E., S.A. ORBETRA, n° 31.693, du 11 janvier 1989.

⁷⁹ F. KOEKELBERG, Licéité de la délégation de pouvoir: avant tout une question de limites, *A.P.T.*, 1985, p. 150 et réf. cit.; J. SALMON, avis sous C.E., Joachims, n° 25.515, du 26 juin 1985, *J.T.*, 1986, p. 60.

⁸⁰ *Mon. b.*, 4 septembre 1992, p. 19.331.

quence (de l'article 11, § 2, précité) plus applicables (...). Si la loi du 14 juillet 1976 impose d'autres interdictions de délégations, il faut considérer les dispositions concernées (comme) incompatibles avec la loi du 21 mars 1991»⁸¹. En exécution de ces considérations, l'article 4 de ce même arrêté royal a expressément exonéré Belgacom des articles 2, § 3, 9, al. 2, et 12, § 2, de la loi du 14 juillet 1976 en complétant en ce sens ces dispositions.

Pareille polémique ne s'est pas développée à propos des marchés publics passés par la Poste et la SNCB auxquels les dispositions précitées de la loi du 14 juillet 1976 n'ont pas été expressément rendues inapplicables. Il faut toutefois déduire des termes généraux de l'argumentation développée dans le rapport au Roi précité que l'exception prévue pour Belgacom vaut également pour les deux autres entreprises publiques.

L'interprétation retenue par la section de législation du Conseil d'Etat se concilie mal avec le libellé de l'article 11 de la loi du 21 mars 1991. Si cette disposition entend soumettre certains marchés à la loi du 14 juillet 1976, c'est sous réserve des règles particulières qu'elle édicte: au § 1er, en ce qui concerne les activités soumises; au § 2, en ce qui concerne les autorités compétentes. L'on n'aperçoit pas la raison pour laquelle un sort différent serait réservé aux §§ 1er et 2 de la même disposition. Les commentaires qui y ont été consacrés lors des discussions parlementaires confirment que le seul tempérament apporté à la compétence des organes de gestion a trait aux «marchés d'intérêt économique stratégique»⁸².

Il convient donc de conclure à l'inapplicabilité aux entreprises publiques assujetties à la loi du 21 mars 1991, des dispositions de la loi du 14 juillet 1976 qui attribuent certains pouvoirs au ministre de tutelle et qui empêchent les délégations de pouvoir.

II. – EXCEPTION: LA TUTELLE STRATEGIQUE

45. – En vertu de l'article 11, § 2, alinéa 2, de la loi du 21 mars 1991, le contrat de gestion peut subordonner la décision de passer certains marchés à l'approbation du ministre de tutelle de l'entreprise publique ou du comité ministériel compétent en matière d'investissements publics auquel s'est substitué depuis le 7 mars 1992 le Conseil des ministres⁸³.

⁸¹ *Ibidem*, p. 19.326.

⁸² «Dans ce dernier cas, elles sont soumises à la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics, à l'exception des procédures de passation que celle-ci prévoit puisque c'est le conseil d'administration qui en est chargé en vertu du § 2» (Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 17). *Adde* Rapport de la Chambre, *op. cit.*, pp. 7, 34, 49 et 50, 59 et 60; Rapport du Sénat, *op. cit.*, pp. 32, 33, 42 et 43.

⁸³ Voy. l'arrêté royal du 16 mars 1992, *Mon. b.*, 21 mars 1992, p. 6083.

Ces marchés doivent remplir trois conditions: avoir trait à la mise en oeuvre de tâches de service public, concerner des matières qui sont d'intérêt économique stratégique et dépasser un certain montant, ces deux dernières conditions étant «le cas échéant» définies par le contrat de gestion.

Ce faisant, le législateur a voulu tenir compte de ce que, dans certains cas, l'entreprise publique dispose d'une situation de «monopsonne»⁸⁴.

46. – Il a été fait application de cette disposition à l'égard de la seule SNCB. L'article 70 du contrat de gestion prévoit que toutes les commandes de matériel roulant ferroviaire destiné au transport intérieur de voyageurs assuré par les trains du service ordinaire, dont le montant estimé est supérieur à un milliard, sont soumises à l'approbation du ministre ayant les chemins de fer dans ses attributions. Pour sa part, l'article 6 du contrat de gestion de la Poste précise qu'aucun marché ne concerne des matières d'intérêt économique stratégique.

47. – Selon l'article 11, § 2, alinéa 3, de la même loi, le surcoût éventuel d'une décision prise par l'autorité de tutelle en contradiction avec la proposition émanant de l'organe de gestion est pris en charge par le budget de l'Etat sous la forme d'une subvention complémentaire.

48. – La «tutelle stratégique»⁸⁵ constitue la seule exception à l'autonomie de décision conférée aux organes de gestion en matière de commandes publiques.

Comme on l'a vu plus haut, il ne saurait être question d'appliquer aux entreprises publiques les articles 9, alinéa 2, et 12, § 2, de la loi du 14 juillet 1976, lesquels réservent certains pouvoirs au Roi ou au ministre.

De même, l'article 52 de la loi du 21 mars 1991 supprime pour ces entreprises l'obligation de demander l'avis du ministre compétent pour l'acquisition de matériel informatique.

CHAPITRE II. – LES ENTREPRISES PUBLIQUES REGIONALES DE TRANSPORT

Section première. – Applicabilité de la loi du 14 juillet 1976

I. – MONOLITHISME DES MISSIONS

49. – Les entreprises publiques régionales de transport se caractérisent par le monolithisme de leurs missions. Les textes organiques de ces entreprises

⁸⁴ B. MEUNIER, «Contenu et objectifs de la loi du 21 mars 1991», in *Les entreprises publiques autonomes*, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁵ Pour reprendre l'expression utilisée par P. VERKAEREN, «Tendances récentes en matière de contrôle de certains organismes d'intérêt public», *Ann. Dr.*, 1991/1, p. 73.

n'opèrent pas de scission «fonctionnelle» parmi les activités autorisées par leur objet social entre les missions de service public et les prestations ordinaires⁸⁶. Toutes leurs activités sont par conséquent de service public.

Si des contrats de gestion sont néanmoins prévus par les législations organiques, ils ont pour vocation d'englober l'ensemble des activités de l'entreprise publique régionale et constituent en réalité des limites – désormais contractuelles – à l'autonomie de gestion organique traditionnellement accordée à ce genre de service public organique.

50. – Ainsi, en ce qui concerne la S.T.I.B., l'ordonnance du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale⁸⁷ est on ne peut plus explicite sur la nature de ses activités.

Selon l'article 1er, cette association de droit public est «chargée de l'exploitation du *service public* des transports en commun urbains au sein de la Région de Bruxelles-Capitale», qualification que l'on retrouve à l'article 2 de ses statuts⁸⁸.

Le contrat de gestion dont les éléments essentiels sont fixés par l'article 3 de la même ordonnance a pour objectif principal «de fixer les obligations réciproques en matière de quantité de l'offre et de moyens financiers à mettre en oeuvre pour réaliser l'offre définie qualitativement et quantitativement dans le cahier des charges et le contrat de gestion»⁸⁹. C'est ainsi que le contrat de gestion doit régler «le plan des investissements nécessaires pour la réalisation de ces objectifs».

En son article 2, l'ordonnance du 22 novembre 1990 prévoit également un autre instrument de régulation des activités de la S.T.I.B., à savoir un cahier des charges arrêté par l'Exécutif qui «détermine notamment les obligations de service public de la Société». Celles-ci sont définies par les travaux préparatoires comme «les missions, les normes d'exploitation au sens large, les obligations d'entretien des ouvrages d'art, les obligations de sécurité en ce qui concerne le transport du public»⁹⁰. Le cahier des charges a été arrêté le 6 décembre 1990 par l'Exécutif⁹¹.

Ni l'un ni l'autre de ces documents ne tendent à identifier les missions de service public assignées à la S.T.I.B. en les distinguant d'autres activités. Ils ont pour objet de définir un certain nombre d'impératifs auxquels la S.T.I.B. est soumise dans l'accomplis-

sement de sa mission qui est toute entière de service public.

51. – En Région wallonne, le transport public de personnes est assuré par la Société régionale wallonne du Transport (en abrégé, S.R.W.T.) et par cinq sociétés d'exploitation connues sous l'appellation de «T.E.C.».

Le décret régional wallon du 21 décembre 1989⁹², tel que modifié par le décret du 26 novembre 1992⁹³, ne qualifie pas de service public les missions assignées par l'article 2 à la S.R.W.T. et par l'article 18bis aux sociétés d'exploitation. Si leur organisation est calquée, sauf exceptions, sur celle des sociétés commerciales et si leurs actes sont réputés commerciaux⁹⁴, les travaux préparatoires ne laissent subsister aucun doute sur la nature des missions assignées à ces sociétés, lesquelles sont «incontestablement d'intérêt public»⁹⁵.

Quant au contrat de gestion prévu par les articles 32 et 33 du même décret, il a pour but d'encadrer les missions de service public des sociétés d'exploitation en leur fixant des objectifs tels que «veiller à l'équilibre de leur compte de résultats, atteindre des objectifs précis en ce qui concerne l'offre et la fréquentation de leur réseau respectif, mettre en oeuvre une politique commerciale bien définie, s'inscrire dans une logique de groupe, etc...»⁹⁶. Par conséquent, il constitue ici aussi un instrument régulateur des prestations de service public qu'il identifie si besoin en est mais qui sont les seules tâches poursuivies par ces sociétés.

52. – Les mêmes observations valent pour la Région flamande où l'on retrouve quasiment les mêmes structures publiques d'exploitation, à savoir la «Vlaamse Vervoermaatschappij» (en abrégé, V.V.M.) au sein de laquelle sont constituées cinq unités d'exploitation autonomes. Ni le décret du 31 juillet 1990⁹⁷, ni les statuts de la V.V.M. approuvés par l'arrêté du gouvernement flamand du 24 octobre 1990⁹⁸ n'opèrent de distinction parmi les activités de cette société. Le contrat de gestion du 1er septembre 1992⁹⁹ encadre pour sa part ces activités sans remettre en cause leur caractère monolithique.

53. – La similitude entre la nature de l'entreprise publique et celle des missions qu'elle poursuit entraîne, sauf textes dérogatoires exprès, l'application des principes et des règles de droit administratif, la-

⁹² Mon. b., 8 mars 1990.

⁹³ Mon. b., 23 décembre 1992.

⁹⁴ Décret du 21 décembre 1989, art. 1er et 18.

⁹⁵ Doc. C.R.W., sess. ord. 1989-1990, n° 117/1, pp. 3, 4 et 8; n° 117/5, p. 4; Doc. C.R.W., sess. ord. 1992-1993, n° 110/1, p. 4.

⁹⁶ Doc. C.R.W., sess. ord. 1992-1993, n° 110/1, p. 4.

⁹⁷ Mon. b., 27 octobre 1990, mis en vigueur au 1er janvier 1991 par un arrêté du gouvernement flamand du 17 octobre 1990 (Mon. b., 5 décembre 1990).

⁹⁸ Mon. b., 21 décembre 1990, p. 23.737.

⁹⁹ Mon. b., 17 mars 1993, p. 5730.

⁸⁶ Pas plus d'ailleurs qu'entre les activités réservées et celles exercées en concurrence.

⁸⁷ Mon. b., 28 novembre 1990, p. 22.218.

⁸⁸ Statuts du 3 décembre 1990 annexés à l'arrêté de l'Exécutif du 6 décembre 1990, Mon. b., 18 décembre 1990, p. 23.337.

⁸⁹ Doc. C.R.B.C., sess. ord. 1990-1991, n° A-71/1, p. 5.

⁹⁰ Ibidem, p. 8.

⁹¹ Mon. b., 18 décembre 1990, p. 23.361.

quelle ne dépend plus d'un critère fonctionnel. En matière de commandes publiques, les entreprises publiques régionales de transport sont dès lors soumises actuellement à la loi du 14 juillet 1976, le livre Ier de la loi du 24 décembre 1993 n'étant pas encore en vigueur. Pour autant que leurs activités soient de celles visées par la directive «secteurs exclus» n° 93/38 du 14 juin 1993 et que les marchés atteignent les seuils européens, elles doivent également respecter les procédures fixées par la même directive combinée avec la loi du 14 juillet 1976 selon les mêmes règles que celles qui ont été énoncées à propos des entreprises publiques fédérales.

L'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1993, laquelle distingue pour ces entreprises entre missions de service public et «activités ordinaires»¹⁰⁰, ne modifiera pas les observations qui précèdent à l'exception toutefois des seuils d'assujettissement, lesquels ne sont en effet pas retenus par le livre Ier de la loi à l'égard des marchés ayant trait aux missions de service public. Il s'ensuit qu'en raison du fait que toutes les activités déployées par les entreprises publiques régionales de transport sont pour l'heure de service public, tous leurs marchés publics, quel que soit le montant qu'ils atteignent, seront soumis au livre Ier de la loi du 24 décembre 1993¹⁰¹.

II. - OBSERVATIONS

54. - Deux questions méritent réflexion. Lorsque les régions créent des services publics organiques, ont-elles le pouvoir d'opérer une scission fonctionnelle au sein des missions qu'elles leur confient? Si tel est le cas, les régions peuvent-elles dispenser certaines de ces missions, du respect de la législation relative aux marchés publics?

55. - La première question me paraît appeler une réponse positive.

En effet, l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980, rédigée en des termes particulièrement larges, confère aux régions la pleine maîtrise de la conception de la gestion de leurs services publics¹⁰². Particulièrement depuis l'abrogation de l'article 13, § 3, de la même loi par la loi spéciale du 8 août 1988, lequel maintenait les organismes régionaux dans le cadre général de la loi du 16 mars 1954, de même qu'en raison de l'élargissement des termes de l'article 9 précité, «toute la palette de la gestion du service public s'ouvre, de manière cette fois expresse, aux Communautés et aux Régions, depuis l'institution de personnes morales de droit public dans le

cadre de la décentralisation par services jusqu'à la cogestion avec le secteur privé»¹⁰³.

Dans son avis du 2 octobre 1989 sur le projet de décret devenu le décret régional wallon du 21 décembre 1989 déjà cité, le Conseil d'Etat, section de législation, s'est exprimé dans le même sens: «les auteurs du projet (peuvent) créer une entreprise publique de transport sur la base de cette disposition (l'article 9 précité) en déterminant librement la structure, le fonctionnement et le contrôle de ce nouvel organisme d'intérêt public»¹⁰⁴.

Il s'ensuit que les régions ont incontestablement la compétence de répartir les missions de leurs organismes en prestations de service public et en activités ordinaires.

56. - Toute autre est la question du régime juridique applicable à l'une et à l'autre de ces missions.

Pour nous limiter à la matière qui nous intéresse ici, il importe de rappeler que les régions ne sont pas compétentes pour arrêter un régime général dérogatoire à la législation sur les marchés publics, ce qui serait le cas d'une ordonnance ou d'un décret qui dispenserait, entièrement ou de manière sensible, une partie des activités d'un service public régional, du respect de cette législation.

En effet, en vertu de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 4, 1° de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, «l'autorité nationale est compétente pour fixer les règles générales en matière: 1° de marchés publics; ». Les travaux préparatoires de cette disposition indiquent qu'«en ces matières, l'autorité nationale a la compétence de déterminer les grands principes par des règles organiques (le cadre général). L'autorité nationale et les Régions sont tenues de respecter le cadre normatif ainsi déterminé. Toutefois, les Régions peuvent compléter ces principes, y compris par voie normative, afin de mener des politiques adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité nationale»¹⁰⁵. Dans deux arrêts récents, la Cour d'arbitrage a jugé pour sa part que «contrairement à ce qui s'applique aux (12) matières énumérées plus loin à l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale, pour lesquelles le législateur national a une compétence exclusive, sa compétence en matière de marchés publics est limitée à la fixation de

¹⁰³ B. HAUBERT et P. VANDERNOOT, «La nouvelle loi de réformes institutionnelles du 8 août 1988», *A.P.T.*, 1988/4, p. 256.

¹⁰⁴ *Doc. C.R.W.*, sess. ord. 1989-1990, n° 117/1, p. 15.

¹⁰⁵ *Doc. parl.*, Ch., sess. ext. 1988, n° 516/1, p. 10. Voy. M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, Tome II, n° 309bis, p. 793; B. HAUBERT et P. VANDERNOOT, «La nouvelle loi de réformes institutionnelles du 8 août 1988», *A.P.T.*, 1988, pp. 239 et sv.; P. NIHOUL, «Les marchés de promotion et les difficultés de financement alternatif du logement», in *L'urbanisme à Bruxelles*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1992, pp. 169 à 171; R. ERGEC, «L'union économique et les marchés publics», *J.T.*, 1994, pp. 241 à 246.

règles générales, avec comme seul objectif de garantir les principes énumérés au troisième alinéa de cet article. Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires (...), par «règles générales en matière de marchés publics» on entend les principes qui sont contenus ou concrétisés dans la loi du 14 juillet 1976, la réglementation en matière d'agrégation d'entrepreneurs et leurs arrêtés d'application ¹⁰⁶.

Par conséquent, l'exonération du respect de la législation relative aux marchés publics pour les commandes publiques d'un organisme – fût-il régional – qui n'ont pas trait à la mise en oeuvre de tâches de service public ne peut être prévue que par le législateur fédéral. C'est précisément ce que s'attachent à réaliser les articles 1er, § 2, 26, alinéa 2, et 63 de la loi du 24 décembre 1993 précitée en distinguant les marchés des entreprises publiques selon qu'ils ont trait ou non à «leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance».

Section II. – Particularités des procédures de passation

57. – Celles-ci tiennent aux organes compétents pour prendre les décisions en matière de commandes publiques.

58. – En ce qui concerne la *S.T.I.B.*, l'ordonnance du 22 novembre 1990 renvoie, en ses articles 7, 8 et 9, aux statuts de cette société.

Selon ceux-ci, la compétence pour passer les commandes se partage, en fonction du montant du marché, entre le conseil d'administration (au-delà de cent millions de francs – art. 22, 7), le comité de gestion (entre trente et cent millions de francs – art. 27, 10°) et l'administrateur directeur général (en dessous de trente millions de francs – art. 29, al. 1er, 4). Des délégations sont possibles: du comité de gestion à l'administrateur directeur général moyennant information du conseil d'administration (art. 27, alinéa 2); de l'administrateur au directeur général adjoint moyennant information du comité de gestion (art. 29, alinéa 2).

59. – En Région wallonne, la *S.R.W.T.* et les sociétés d'exploitation se partagent les commandes publiques comme suit.

A la *S.R.W.T.* sont attribués les marchés relatifs d'une part à «l'infrastructure de transports publics» (art. 2, 3°) définie dans les travaux préparatoires comme les tunnels, les sites propres, les gares de correspondances et autres ouvrages d'art ¹⁰⁷, et d'autre part

aux «commandes et achats groupés de matériel roulant et d'équipements pour les sociétés d'exploitation» (article 2, 4°, a) ¹⁰⁸. Selon les statuts de la *S.R.W.T.*, la compétence de principe en la matière revient au conseil d'administration (art. 25, § 1er, al. 1er, 7°), lequel peut déléguer ses pouvoirs à l'administrateur général (art. 25, § 2), à l'exception des commandes inférieures à cinq millions qui reviennent à l'administrateur général (art. 26, 4°). Ce dernier peut déléguer certains de ses pouvoirs à l'administrateur général adjoint et aux membres du personnel de direction qu'il détermine (art. 27, al. 2 et 3).

Quant aux sociétés d'exploitation, elles procèdent aux commandes publiques portant sur «les biens et moyens nécessaires à l'exploitation des transports collectifs de personnes» dans le respect des décisions prises par la société régionale (art. 18bis, al. 2, 3°, du décret) ¹⁰⁹. Leurs statuts n'ont à ma connaissance pas été publiés de sorte qu'il n'est pas possible d'indiquer les organes compétents pour décider des commandes publiques. Dans la mesure où ces statuts contiendraient des délégations de pouvoir, leur défaut de publication me paraît affecter leur opposabilité et, dès lors, la validité des actes accomplis par les délégataires ¹¹⁰.

60. – Pour ce qui est de la *Région flamande*, les marchés publics sont passés au nom de la seule *V.V.M.*, les cinq unités d'exploitation autonomes n'ayant pas la personnalité juridique. Selon les statuts de la *V.V.M.*, les décisions en la matière reviennent, en fonction des montants et des procédures de passation, soit au conseil d'administration, soit au directeur général de la *V.V.M.* ou au directeur d'une unité d'exploitation ¹¹¹.

61. – Les textes organiques des entreprises publiques régionales de transport s'inscrivent ainsi dans le cadre tracé par l'article 2, § 2 et § 3, alinéa 1er, de la loi du 14 juillet 1976, lequel permet le transfert aux organes de gestion du pouvoir de décision de même que des délégations de pouvoir, pour autant que les textes organiques le prévoient. L'article 6, alinéas 2 et 3, de la loi du 24 décembre 1993 n'innove pas sur de point.

Il est toutefois un pouvoir que l'article 12, § 2, de la loi du 14 juillet 1976 réserve au ministre même pour les personnes morales de droit public et qui ne peut faire l'objet d'une délégation en vertu de l'article 3, § 3, alinéa 2, de la même loi: c'est le pouvoir de déroger par décision motivée à la règle relative au choix du soumissionnaire le moins disant en

¹⁰⁶ C.A., arrêt n° 32/92, du 23 avril 1992, *Mon. b.*, 30 mai 1992, *J.T.*, 1992, p. 574 et *Entr. et dr.*, 1993, p. 169, note J. Stevens; arrêt n° 79/92, du 23 décembre 1992, *Mon. b.*, 15 janvier 1993 et *J.T.*, 1994, p. 247.

¹⁰⁷ *C.R.I.*, Conseil régional wallon, séance du 17 novembre 1992, p. 22.

¹⁰⁸ Voy. les précisions apportées dans l'avis du C.E., *Doc. C.R.W.*, sess. ord. 1992-1993, n° 110/1, p. 8.

¹⁰⁹ *Doc. C.R.W.*, *op. cit.*, n° 110/5, p. 8.

¹¹⁰ Cf. *surpa*, n° 43.

¹¹¹ Articles 19, 10°, 24, al. 2, 2° et 31, 5° des statuts (*Mon. b.*, 21 décembre 1990).

cas d'adjudication publique ou restreinte. Pour ce qui concerne les organismes publics régionaux ou communautaires, ce pouvoir pourrait-il être confié par un décret ou une ordonnance à leurs organes de gestion ou être statutairement délégué à ces organes sans que la norme fédérée ne soit entachée d'un excès de compétence?

Dans son arrêt n° 32/92 du 23 avril 1992 déjà cité, la Cour d'arbitrage s'est prononcée sur une disposition similaire d'un décret de la Communauté flamande, laquelle reproduisait la règle précitée tout en attribuant le pouvoir de dérogation aux organes de direction de l'ARGO sous réserve d'un droit de veto du ministre communautaire dans les 30 jours de la demande.

La Cour a jugé qu'«en prévoyant une règle qui permet de déroger à la règle générale selon laquelle, en cas d'adjudication, le marché est confié au soumissionnaire qui a remis la soumission régulière la plus basse, le législateur décréte empiète sur une matière réservée au législateur national par l'article 6, § 1er, VI, alinéa 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 (...). La disposition entreprise (...) va plus loin que la détermination de modalités de leur mise en oeuvre»¹¹². Par contre, la Cour a admis que cette disposition remplissait les conditions requises pour pouvoir invoquer les pouvoirs implicites: la dérogation était prévue dans la loi sur le Pacte scolaire, ce qui attestait du lien de nécessité entre la disposition entreprise et l'exercice de la compétence en matière d'enseignement; l'impact n'est que marginal, la décision finale étant laissée au ministre.

A la lumière de l'enseignement de cet arrêt, il est permis de soutenir qu'une disposition décréte ou ordonnantielle qui se contenterait d'attribuer ledit pouvoir de dérogation aux organes de gestion d'une entreprise publique régionale ou qui en permettrait la délégation ne paraît pas violer les règles préci-

tées de répartition des compétences pour autant que ce pouvoir de dérogation soit déjà prévu par la législation fédérale. Dans ce cas, elle se bornerait en effet à déterminer les modalités de mise en oeuvre d'un tel pouvoir; elle ne semble pas plus contrevenir aux principes que l'autorité fédérale a pour objectif de garantir dans l'exercice de sa compétence en matière de marchés publics.

Par contre, la Cour prohibe l'instauration par le législateur régional de ce pouvoir de dérogation – fût-ce en reproduisant l'article 12, § 2, de la loi du 14 juillet 1976 –, s'agissant là d'une règle générale relative à l'attribution des marchés publics, laquelle est une matière réservée au législateur fédéral. Il s'ensuit qu'à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1993, laquelle ne prévoit plus une telle faculté de dérogation¹¹³, les régions et les communautés ne pourront plus instituer une telle règle inexistante désormais au niveau fédéral.

Quant au recours aux pouvoirs implicites pour justifier dans l'état actuel de la législation fédérale un tel décret ou une telle ordonnance, il pourrait être soutenu, à propos du lien de nécessité, que le législateur fédéral a, dans l'article 11, § 2, de la loi du 21 mars 1991, prévu une règle similaire en faveur des organes de gestion des entreprises publiques fédérales oeuvrant dans le même secteur d'activités. Encore faudrait-il démontrer que l'incidence de cette règle est marginale.

En toute hypothèse, aucun des textes organiques des entreprises publiques régionales ne prévoit actuellement l'attribution d'un tel pouvoir aux organes de gestion de ces entreprises pas plus que la possibilité de le déléguer, les statuts ne permettant pas à eux seuls de déroger aux dispositions de la loi du 14 juillet 1976.

¹¹² Considérant B.3.4., *J.T.*, 1992, p. 574, *Mon. b.*, 30 mai 1992 et *Entr. et dr.*, 1993, p. 169.

¹¹³ Voy. à ce sujet l'exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1992-1993, n° 656/1, p. 24 et l'avis du Conseil d'Etat, *ibidem*, pp. 131 à 133.