

L'absence d'encadrement juridique spécifique des privatisations

De la spécialité des services publics à la spécialité des privatisations

Moins de deux décennies après leur incursion sur la scène politique, les privatisations ont d'ores et déjà considérablement bouleversé la physionomie du secteur public économique, en particulier celle des institutions publiques de crédit et des services publics dits de réseaux (transports, communications et énergie). Jusqu'il y a peu, l'organisation des services publics était marquée par la distinction cardinale entre service public organique et service public fonctionnel – ou matériel –, que l'on devait en Belgique à André Buttgenbach : « *L'organisme public est tout organisme créé par les pouvoirs publics, placé sous leur haute direction, dont ils fixent et modifient souverainement les statuts et dont ils sont maîtres de la suppression. L'organisme public correspond, en ce sens, à ce que nous avons appelé le 'service public organique'. Il se différencie de la gestion privée des services publics – ou du 'service public matériel' – en ce sens que, dans le premier cas non seulement l'activité exercée par l'organisme mais l'organisme lui-même ont un caractère public, tandis que dans le second, seule l'activité exercée a un caractère public et, à ce titre, est réglementée souverainement par les pouvoirs publics, tandis que l'organisme qui exploite cette activité conserve un caractère privé, reste un organisme privé.* »⁸

Ce que l'on appelle communément le secteur public économique a toujours été protéiforme en Belgique. Le Conseil d'État a ainsi relevé lors de la privatisation de la Caisse nationale du crédit professionnel (CNCP) que « *les compétences, l'organisation et le fonctionnement des organismes d'intérêt public ne sont pas régis par une législation uniforme ou générale. Chacun d'eux est issu d'une loi particulière qui lui a attribué une personnalité juridique propre et en a défini les règles particulières d'organisation. Cette spécialité résulte de la diversité des missions de service public qui sont confiées à ces organismes* »⁹. Cet éparpillement de l'organisation juridique du secteur public résulte de l'attitude pragmatique du monde politique à l'égard des activités économiques menées par les pouvoirs publics¹⁰. La crise économique et la régionalisation de pans importants de la politique économique ont achevé

⁸ A. BUTTGENBACH, « Réflexions sur le statut des organismes parastataux et des entreprises publiques en Belgique », *Seconds mélanges d'économie politique et sociale offerts à Edgard Milhaud*, Liège, CIRIEC, 1960, pp. 185-186.

⁹ Avis du 4 décembre 1996 sur un projet d'arrêté royal modifiant, en ce qui concerne la CNCP, la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public de crédit, *Moniteur belge*, 31 décembre 1996, éd.3.

¹⁰ Cf. par exemple G. VAN TEMSCHE, *Les paradoxes de l'État. L'État face à l'économie de marché. 19^{ème} et 20^{ème} siècles*, Bruxelles, Labor, 1997, spéc. pp. 59 et 63.

de rendre plus complexe le droit public économique¹¹. Multitude de textes, politiques contradictoires, conflits de compétences, approfondissement des réformes institutionnelles, etc. ne pouvaient favoriser une approche globale et intégrée du secteur économique public¹². Il n'est dès lors guère étonnant que les premiers commentateurs des privatisations ont relevé le caractère fragmentaire de leur cadre juridique : « *En Belgique, les bases juridiques de la privatisation sont assez réduites ; il n'existe pas de texte constitutionnel et les dispositions législatives sont sommaires.* »¹³

Ce constat demeure, plusieurs années après, la marque du droit belge applicable aux privatisations. C'est précisément de là que découlent les objections de constitutionnalité qui peuvent leur être adressées. En effet, si le recul permet de mieux procéder à une analyse globale des privatisations intervenues en Belgique, le sévère réquisitoire formulé en 1995 par le 152^{ème} Cahier d'observations de la Cour des comptes garde toute son actualité : « *Dans la plupart des pays où le processus de privatisation a été enclenché, il s'est appuyé sur un ensemble législatif, voire constitutionnel, homogène. Les parlements y ont adopté des 'lois' ou des 'codes' de privatisation, contenant non seulement les autorisations de cessions d'actifs mais aussi un certain nombre de lignes directrices concernant le programme, les méthodes d'évaluation, les techniques de vente, la sélection des acquéreurs, les contraintes qu'ils ont à respecter, les modalités de paiement, etc. (...). En Belgique, la cession des actifs de l'État s'est opérée en dehors de ce type d'encadrement global préétabli. Sans négliger l'importance des facteurs de nature diverse qui sont à la base de ce mouvement de privatisation, il est vrai que, dans notre pays, les impératifs d'ordre budgétaire, et notamment la préoccupation de répondre au plus tôt aux exigences découlant du Traité de Maastricht, ont été déterminants dans la décision et la programmation des cessions d'actifs. C'est ce qui explique qu'en Belgique, la restructuration et la privatisation se sont appuyées le plus souvent sur des dispositions particulières insérées dans des lois portant des dispositions fiscales, sociales et diverses. Dans bien des cas, ces dispositions accordaient des pouvoirs 'spéciaux' lui permettant, par arrêtés délibérés en Conseil des ministres, d'abroger, de compléter, de modifier et de remplacer les dispositions légales applicables aux entreprises publiques autonomes et aux institutions publiques de crédit. En d'autres termes, le Parlement a délégué à l'Exécutif le soin d'élaborer et de mettre en œuvre les programmes de cessions d'actifs sans que cette déléation s'accompagne explicitement de normes précises définissant les méthodes à suivre et les objectifs à atteindre. Par ailleurs, l'Exécutif ne s'est vu imposer aucune obligation quant à la nécessité de remettre un rapport sur les cessions réalisées ou à la procédure, aux délais et aux formes que devrait respecter un tel rapport. Dans un tel contexte, on comprend que le gouvernement s'est toujours réservé le pouvoir du dernier mot dans l'approbation des opérations de cessions d'actifs.* »¹⁴

¹¹ E. LENTZEN et A. VINCENT, « Groupes d'entreprises publics et privés », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, 1989, n° 1248-1249 ; J.-M. VAN BOL, *Politique économique et pouvoir régional*, Louvain-la-Neuve, Ciaco, 1982.

¹² En ce sens également, P. NIHOUL et B. LOMBAERT, « Belgique », in R. ANDERSEN et D. DEOM (dir.), *Droit administratif et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 60 et les références citées.

¹³ R. ANDERSEN et D. PHILIPPE, « Les privatisations », *DAOR* 1993, p. 59. Comme l'indiquent ces auteurs, « ce n'est que par l'adoption de la loi du 22 juillet 1993 portant des dispositions fiscales et financières que le gouvernement s'est doté des moyens légaux nécessaires pour mener à bien son programme de privatisation ». Il sera vu infra que cette loi aux conséquences importantes, en particulier parce qu'elle a servi de précédent à bon nombre de textes ultérieurs, est cependant loin de constituer le cadre de référence qui manque encore aux privatisations belges.

¹⁴ 152^{ème} Cahier de la Cour des comptes, Chambre, *Doc. parl.*, (SO 1995-1996), fasc. 1^{er}, pp. 39-40.

Une pluralité des degrés de privatisation révélée par la pratique

L'exemple de l'organisation des télécommunications illustre bien le pragmatisme politique évoqué plus haut. Tous les régimes possibles auront existé en 120 ans : monopole privé, concessions de l'État, monopole public, essai avorté de création d'un holding public avec filiales à capitaux privés pour le financement des infrastructures, tentative ultime d'ancrage public, 'consolidation stratégique', mise en concurrence éventuelle de la prestation du service universel, et probable privatisation au-delà de la majorité du capital de Belgacom après le récent échec d'une tentative de fusion avec KPN¹⁵.

Aux diverses formes de privatisations qui vont de l'adoption de nouveaux modes de gestion à la cession d'actifs, de la dérégulation au démantèlement des monopoles publics, en passant par la concession¹⁶, correspondent plusieurs degrés¹⁷.

Le premier degré, celui de la privatisation au sens le plus large, est déjà ancien : il s'agit du recours à la concession de service public à une entreprise privée. S'y apparentent le recours très fréquent aux modes d'organisation des sociétés prévus par le droit commercial ou l'adoption plus tardive mais de plus en plus systématique de méthodes de gestion en vigueur dans le secteur privé. Relèvent de la même logique l'instauration dans les entreprises publiques d'institutions comme le contrat de gestion et le plan d'entreprise, ainsi que, plus récemment, la pénétration des principes du gouvernement d'entreprise¹⁸.

Les trois autres degrés conduisent à des privatisations au sens restreint. Ne faisant pas plus l'objet d'une quelconque définition juridique, ils se caractérisent néanmoins par le transfert en tout ou en partie d'actifs ou d'activités publics au secteur

¹⁵ Sur l'exemple des télécommunications, cf. notamment D. DE CROMBRUGGHE et Y. POULLET, « La réglementation des télécommunications en Belgique », *APT*, 1986, pp. 187-215 ; F. DEHOUSSE et D. GILLEROT, « La réglementation belge des télécommunications de 1876 à 1996 », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, 1997, n° 1552-1553 ; B. VAN DER HERTEN et P. VERHOEST, « Tweehonderd jaar privatiseringsdebat in België - Historische reflectie over het wel en wee van de Belgische (tele)communicatiebedrijven », *Res Publica*, 1993, n°1, pp. 73-93. Également, P. VERHOEST, *Openbare telecommunicatie (1798-1998)*, Bruxelles, VUB Press, 2000.

¹⁶ Cf. parmi beaucoup d'autres : J.-F. ESCARMELLE, « Déréglementation - Privatisation : la situation en Europe », in G. BOUCHARD dir., *La réforme administrative dans les pays francophones*, Moncton et Louvain-la-Neuve, Éditions d'Acadie et Academia, 1991, pp. 130-131 ; Y. POULLET, « L'entreprise publique a-t-elle un avenir ? », in *Le droit des affaires en évolution*, n° 4, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 69 ; J. TOUSCOZ, « Les privatisations dans les pays de l'Ouest », *Droit et pratique du commerce international*, 1994, p. 117.

¹⁷ Est proposée ici, en l'adaptant sensiblement, la classification de K. LEUS, « Een klassiek bestuurrechtelijke benadering van het verschijnsel 'verzelfstandiging' van openbare diensten : naar een nieuw evenwicht tussen autonomie en centrale sturing », in *Liber Amicorum G. Baeteman*, Deurne, Kluwer et Story-Scientia, 1997, pp. 589-590. Sont ici exclues les entreprises privées pré-existantes bénéficiant de participations publiques sous la forme de capitaux pour ne traiter que des organismes créés à un moment donné par les pouvoirs publics.

¹⁸ Cf. ainsi la loi du 7 mai 1999 sur le Palais des Beaux-Arts. Quant à La Poste, Belgocontrol et la SNCB, elles demeurent, en novembre 2001, détenues intégralement par l'État mais devraient connaître d'importantes réformes structurelles, l'extension des méthodes de gestion privées n'ayant pas encore mené à privatisation au sens restreint.

privé. Le deuxième degré de privatisation implique un transfert d'actifs ou une augmentation de capital, aux termes desquels l'État conserve au moins la moitié du capital et des voix dans les organes de gestion et donc la prééminence dans la décision (Belgacom et BIAC, société gestionnaire de l'aéroport de Bruxelles-National, pour l'instant)¹⁹. Le troisième degré caractérise une forme de privatisation qui a donné lieu à transfert d'actifs ou augmentation de capital mais aux termes desquels l'État ne détient plus qu'une minorité du capital ou a gardé un pouvoir de contrôle, notamment par la création d'actions spécifiques (Distrigaz)²⁰. Le quatrième degré correspond enfin au transfert total d'actifs publics (institutions publiques de crédit) ou aux cas dans lesquels l'autorité a abandonné tout pouvoir de contrôle sur l'entreprise privatisée, ce qu'illustre le démantèlement complet de la plupart des anciennes banques publiques visées dans la version originelle de la loi de 1991 sur les institutions publiques de crédit²¹. Seules seront exposées ici les privatisations impliquant des cessions d'actifs publics vers le secteur privé.

Une telle distinction entre les différents paliers de privatisation ne prend son sens qu'à la lumière de l'expérience. De théorique, cette distinction que le droit positif belge n'a jamais définie est devenue pratique. L'absence de définition juridique, de législation cadre, de procédure uniforme, voire de philosophie générale, caractérisent les privatisations belges, tout autant empreintes de pragmatisme que les périodes d'accroissement de l'interventionnisme public dans les activités économiques. Ces caractéristiques sont même des constantes puisque, quel que soit le type de coalition au pouvoir, chaque formation politique démocratique, flamande ou francophone, a désormais participé à des majorités fédérales qui ont procédé à des privatisations menées au coup par coup.

¹⁹ K. LEUS, « Een klassiek bestuursrechtelijke benadering van het verschijnsel 'verzelfstandiging' van openbare diensten : naar een nieuw evenwicht tussen autonomie en centrale sturing », *op. cit.*, p. 610, considère que lorsque des tâches d'autorité sont accomplies et que demeure un contrôle public, ces personnes juridiques doivent toujours être qualifiées comme étant de droit public. Cette qualification peut entraîner d'importantes conséquences : R. ERGEC et H. DELWAIDE, « Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite? », *JT*, 1995, p. 715.

²⁰ À la suite de la privatisation de la Société nationale d'investissement, l'État a conservé, pour des raisons de stratégie nationale en matière d'approvisionnement énergétique, une action privilégiée dans les filiales de celles-ci : Distrigaz (arrêté royal du 10 juin 1994), Synatom (arrêté royal du 17 mai 1994) et la Société Nationale de transport par canalisations (arrêté royal du 10 juin 1994) (tous trois publiés au *Moniteur belge*, 28 juin 1994). Afin d'éviter une condamnation devant la Cour de Justice CE, un arrêté royal du 5 décembre 2000 a fixé précisément les conditions d'exercice des droits spéciaux attachés à ces actions spécifiques (*Moniteur belge*, 20 décembre 2000).

²¹ Dans son avis précité du 4 décembre 1996 sur la CNCP, la section de législation du Conseil d'État a relevé ceci : « Il ne suffit pas de changer l'étiquette pour faire d'une société de droit public une authentique société de droit privé. Encore faut-il que la société en cause conserve sa liberté d'action comme c'est le cas des autres sociétés commerciales de droit privé et que les actionnaires puissent décider de l'avenir de la société, fût-ce au prix d'une modification de l'objet social. » *In casu*, subsistaient des règles d'organisation spécifique et surtout un pouvoir administratif d'agrément.

Aperçu chronologique des privatisations

La législature 1985-1987 : une première tentative avortée de privatisation

Entre 1981 et 1987, les gouvernements nationaux Martens-Gol qui se sont succédés (coalition CVP-PRL-PVV-PSC) ont été investis de pouvoirs spéciaux avec une ampleur jamais égalée. À l'ordre du jour de l'accord de gouvernement du 24 novembre 1985, les privatisations ont pour la première fois été décidées lors du conclave budgétaire dit de Val Duchesse au printemps 1987, après que la décision du gouvernement de ne plus participer aux augmentations de capital des entreprises publiques et des institutions publiques de crédit²². Les privatisations qui jusque-là n'avaient guère droit de cité en Belgique²³, étaient en effet peu préconisées en raison du caractère mixte marqué de la propriété de nombreuses entreprises²⁴, avant que la déferlante du discours néolibéral anglo-saxon n'atteigne les rivages de la politique belge²⁵.

Le 10 août 1987, le Conseil des ministres approuvait la note élaborée par le comité ministériel *ad hoc* pour les entreprises publiques. Il s'agissait là de la première tentative d'élaboration d'une politique structurelle de privatisation²⁶. Cinq objectifs furent mis en avant :

²² Notamment E. HEYLEN, «Autonomie et responsabilité des entreprises publiques », *La Revue Politique*, 1987, n° 3, pp. 5-34 ; « Rapport du 23 juin 1987 du Groupe de travail Harmonisation des conditions de fonctionnement des institutions de crédit », *Bull. Doc. Min. Fin.*, 1988, n°5, pp. 5-23. La volonté de privatiser était partiellement préparée par une période de désinvestissement sans précédent dans le secteur des équipements collectifs : A. DRUMAUX, *Privatisations = moins d'État ?*, Bruxelles, Éditions de l'ULB, 1988.

²³ F. DELPÉRIÉ, « Les privatisations en Belgique », *Annuaire européen d'administration publique*, 1988, p. 22.

²⁴ D. DEOM, « Les entreprises du secteur public en Belgique », in G. TIMSIT dir., *Les entreprises du secteur public dans les pays membres de la Communauté européenne*, Paris, LGDJ, 1988, pp. 36-37 : « L'extension du secteur public économique s'est, très généralement, opérée sans empiètements forcés sur l'activité économique privée et, dès lors, sans joutes idéologiques aiguës. D'autre part, le secteur public lui-même n'est pas imperméable aux capitaux privés. Les organismes d'économie mixte en constituent depuis toujours une part importante, tant au niveau local que pour les institutions relevant de l'État. »

²⁵ J.-F. ESCARMELE et L. HUJOEL, « Privatization and regulation. Its implementation in Belgium », in T. THIEMEYER et G. QUADEN eds., *The Privatization of Public Enterprises. An European Debate*, *Annals of Public, Social and Cooperative Economy*, 1986, pp. 117-137.

²⁶ Certaines privatisations avaient déjà été mises en œuvre, comme le passage de 95 à 54,4 % de la part de l'État dans le capital de la Sabena en 1982, mais elles ne s'inscrivaient pas encore dans une politique générale. Sur ces prémices : A. DRUMAUX, « La privatisation dans le secteur des équipements collectifs », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, n° 1136, 1986.

- augmenter à court terme leur efficacité en améliorant leur gestion et les adapter à moyen terme aux progrès technologiques, dans la perspective de la réalisation du marché intérieur européen de 1992 ;
- stabiliser leurs relations avec les pouvoirs publics en assurant leurs missions de service public et en assouplissant les contraintes administratives ;
- réduire le solde net à financer du Trésor ;
- favoriser l'actionnariat populaire ;
- réduire les distorsions de concurrence au profit ou au préjudice des entreprises publiques.

La réforme devait obéir plus particulièrement à trois axes :

- la conclusion de protocoles de gestion entre l'État et les entreprises publiques leur assurant une autonomie plus importante ;
- l'allègement de l'effort financier public en attirant des moyens privés par ouverture de capital ;
- la réalisation de certains actifs.

Étaient principalement visés les services publics de transport et de communication, lesquels devaient être regroupés au sein d'une catégorie spécifique, dite «E», dans la loi du 16 mars 1954 *relative aux organismes d'intérêt public*. Ces entreprises publiques, à l'instar des institutions publiques de crédit, auraient été habilitées à faire appel à des capitaux privés. Pour ces deux catégories d'organismes, le nombre de personnes privées devait être limité, une partie du capital devait être réservée aux travailleurs, une autre aux petits porteurs, et enfin, en cas de participation privée au capital, la participation des pouvoirs publics devait en tout état de cause rester supérieure à 50%²⁷.

La législature 1988-1991 : l'ultime tentative de renforcer le secteur public

Ce cadre resta lettre morte en raison de la chute du gouvernement à l'automne 1987. Le renversement d'alliances vit l'installation en mai 1988 d'une majorité CVP-PS-PSC-SP-VU. La présence des partis sociaux-chrétiens constituait l'élément de continuité qui expliquait l'inscription dans l'accord de gouvernement de la réforme des entreprises publiques alors que les partis socialistes préconisaient une autonomie de gestion accrue mais également la préservation du service public de communication et de transport. Le compromis évitant la privatisation – au sens strict – par cession d'actifs au secteur privé est passé par une privatisation partielle – au sens large – des méthodes de gestion, notamment par le recours au procédé des contrats de gestion et des plans d'entreprise, tout en préservant les missions sociales de service public des entreprises publiques concernées. Le financement public devait cependant être exclu pour la couverture des activités commerciales exercées en concurrence là où le légis-

²⁷ Cette note du comité ministériel *ad hoc* pour les entreprises publiques du 10 août 1987 n'est, à notre connaissance, pas publiée.

lateur a estimé que le monopole public ne se justifiait plus²⁸. L'appel aux capitaux privés n'était prévu qu'en dernier ressort, alors que la note de 1987 le prévoyait systématique, l'État devant en tout état de cause conserver la majorité dans le capital et dans les organes de gestion²⁹. Dans le même temps, les partis de la majorité s'accordèrent sur la refonte en profondeur du secteur public du crédit par le regroupement des institutions bancaires publiques au sein de deux holdings³⁰. La réorganisation du secteur économique public fédéral a mené à l'adoption de la loi du 21 mars 1991 *portant réformes de certaines entreprises publiques économiques*³¹ – ci-après la loi EPA³² – et la loi du 17 juin 1991 *portant organisation du secteur public du crédit et harmonisation du contrôle et des conditions de fonctionnement des établissements de crédit*³³ – ci-après la loi IPC³⁴.

Mais la loi IPC n'a jamais déployé l'entière portée de ses effets. Au moment de la coordination des textes législatifs sur les banques publiques en 1996, elle avait déjà été modifiée plus d'une quinzaine de fois³⁵, alors qu'elle prévoyait originellement la constitution de deux pôles. L'un autour du Crédit communal de Belgique (CCB), regroupant également la Société nationale de crédit à l'industrie (SNCI) et l'Office central de crédit hypothécaire (OCCH), l'autre autour de la Caisse générale d'épargne et de retraite (CGER), regroupant aussi la Caisse nationale de crédit professionnel (CNCP) et l'Institut national de crédit agricole (INCA). Un conseil général institué auprès du ministre des Finances devait assurer la coordination des deux holdings. La déspecialisation des institutions publiques de crédit ainsi que leur soumission au contrôle prudentiel, à l'instar des banques privées, ainsi qu'à celui de la Commission bancaire et de l'Office de contrôle des assurances, constituaient d'autres axes importants de la réforme³⁶. Au terme de l'article 3 de la loi IPC, l'État devait au minimum détenir 50 % de la CGER-Holding, un même seuil minimal obligatoire de participation étant imposé dans les banques la composant. Quant au CCB-Holding, les pouvoirs locaux, qui avaient présidé à sa création en 1860, devaient également en détenir au moins 50 % selon l'article 121 de la loi IPC, à charge pour le holding de détenir, soit seul, soit avec les pouvoirs locaux et d'autres organismes publics dépendant de l'État, également au moins 50 % des actions dans les institutions de crédit de son

²⁸ Sur la genèse de l'accord de 1988: D. NUCHELMANS et G. PAGANO, « Les entreprises publiques autonomes », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, n° 1321-1322, 1991.

²⁹ Ce qui équivaut certes à une privatisation potentielle, vu la possibilité d'ouverture aux capitaux privés, mais en préservant le pouvoir de contrôle public par la structure de l'actionnariat ainsi légalement fixée. Cf. PH. QUERTAINMONT, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 : du desserrement de l'étreinte étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques », in *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 67. Sur les raisons qui ont poussé à l'élaboration d'une loi spécifique plutôt qu'à la création d'une catégorie spécifique dans la loi de 1954 sur certains organismes d'intérêt public: P. VERKAEREN, « Tendances récentes en matière de contrôle de certains organismes d'intérêt public », *Ann. Dr. Louv.*, 1991, pp. 67-91.

³⁰ Rapport du 18 janvier 1989 au ministre des Finances de la Commission d'experts sur Les stratégies d'avenir des institutions publiques de crédit 1992, *Bull. Doc. Min. Fin.*, 1989, n°2, p. 15.

³¹ *Moniteur belge*, 27 mars 1991.

³² EPA – entreprises publiques autonomes.

³³ *Moniteur belge*, 9 juillet 1991.

³⁴ IPC – institutions publiques de crédit.

³⁵ Cf. l'étude très complète de CH. LEJEUNE, « La réforme des institutions publiques de crédit. Le cheminement d'une privatisation », *DAOR*, 1996, pp. 9-59.

³⁶ Pour plus de détails, J. MODEN, « La réforme des institutions publiques de crédit », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, n° 1341, 1991.

groupe. Toutes ces sociétés, les deux holdings comme leurs composantes, devaient être transformées en sociétés anonymes de droit public (article 191 de la loi IPC) et auraient posé des actes réputés commerciaux. Toutefois, les filiales de droit public devaient, dans le cadre de leurs missions spéciales, conclure des protocoles de gestion avec l'État (articles 204 et suivants) sur les conditions d'exécution de ces missions confiées par ou en vertu de la loi. Mais la loi IPC, destinée à garantir l'ancrage public du secteur du crédit, se révéla rapidement inadaptée, retardée par une nouvelle crise politique ayant reporté l'adoption de ses arrêtés d'exécution, battue en brèche par le refus du CCB de rentrer dans les structures prévues et par l'aggravation de l'état des finances publiques³⁷. La loi IPC n'existe d'ailleurs plus en tant que telle puisque un arrêté royal du 24 décembre 1996 a coordonné les dispositions légales éparses qui régissent encore les banques anciennement publiques et les participations que détient encore dans certaines la Société fédérale de participations (SFP) qui a succédé dans ce rôle à la CGER-Holding lors de la privatisation de la CGER³⁸.

La loi EPA existe toujours et reste d'application. Mais elle a également connu son lot de modifications au fil du temps. Son architecture est différente puisqu'elle s'ouvre par la possibilité de transformation de certains organismes d'intérêt public en entreprises publiques autonomes afin que ces organismes disposent d'une autonomie de gestion dans un secteur industriel ou commercial donné, après passation d'un contrat de gestion avec l'État (article premier de la loi EPA). Au contraire du régime initialement projeté pour les IPC, directement transformées en sociétés anonymes de droit public, les articles 37 à 42 de la loi EPA n'érigent cette possibilité qu'en faculté, encore que la transformation en société anonyme de droit public ait la particularité de devoir être décidée par le conseil d'administration de l'entreprise concernée, décision soumise à la seule approbation du gouvernement. L'État devait d'abord se voir attribuer, dans le texte originel de 1991, la totalité des actions ; il devait en conserver au moins 50%, ne pouvant en céder, pour le surplus, qu'à d'autres autorités publiques qu'un arrêté royal devait désigner. L'entrée de capitaux privés dans les filiales des EPA n'était autorisée qu'en cas d'augmentation de capital, l'État et autres autorités publiques devant en tout état de cause conserver la propriété d'au moins 50% du total des actions, d'une part, et 75% des voix dans les organes de gestion, d'autre part. En 1992, après passation des contrats de gestion régissant l'exercice des missions de service public, la Régie des téléphones et télégraphes rebaptisée Belgacom, la Régie des postes rebaptisée La Poste et la Société nationale des chemins de fer belges furent transformées en entreprises publiques autonomes³⁹.

³⁷ Le Crédit communal a, de son côté en 1996, procédé à une alliance par participations croisées au sein d'un holding Dexia avec le Crédit Local de France (J. MODEN, « La restructuration du Crédit Communal », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, n°1539, 1996).

³⁸ La coordination résulte d'un arrêté royal (publié au *Moniteur belge*, 31 décembre 1996) reposant sur les habilitations données au Roi en 1995.

³⁹ Belgacom (*Moniteur belge*, 4 septembre 1992), La Poste (*Moniteur belge*, 1^{er} octobre 1992) et la SNCB (*Moniteur belge*, 14 octobre 1992) sont devenues EPA à la passation du contrat de gestion. La Régie des voies aériennes (RVA) pouvait faire usage de cette faculté mais elle nécessita d'autres restructurations réglées par la loi du 19 décembre 1997 *visant à rationaliser la gestion de l'aéroport de Bruxelles-National* avant d'accéder au statut d'EPA (cf. infra). Cf. D. DEOM, « Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes », in *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991, op. cit.*, p. 149, sur la nature et la portée du contrat de gestion.

Les hypothèses de rentrée de capitaux privés étaient donc théoriquement fort limitées par les lois IPC et EPA de 1991, puisque les pouvoirs publics devaient rester majoritaires tant en termes d'actionnariat que de contrôle. Quel que fut le sort qui leur fut réservé par la suite, la mutation pour les modes de gestion des services publics en Belgique était déjà profonde. En effet, les missions de service public, réduites au fil de la libéralisation des secteurs d'activités concernés, font depuis lors l'objet du contrat ou protocole de gestion tandis que l'autonomie est pleine et entière pour la conduite des activités commerciales, industrielles et financières menées en concurrence avec les autres opérateurs économiques⁴⁰.

La législature 1991-1995 : le début des privatisations

La mise en place de la majorité CVP-PS-PSC-SP en 1992 fut l'occasion du franchissement du pas vers les privatisations proprement dites, assainissement des finances publiques et préparation à l'Union économique et monétaire prévue par le Traité de Maastricht obligeaient⁴¹, ce qui accéléra la remise sur l'écheveau des lois EPA et IPC à peine confectionnées.

La première étape fut l'arrêté royal du 8 octobre 1992 qui institua auprès du ministre des Finances la Commission d'évaluation des actifs de l'État. Son préambule insistait sur l'attente d'importantes recettes non fiscales dès l'année budgétaire 1993. La création de la Commission revenait ainsi à déjà remettre en cause les réformes de 1991⁴². La Commission doit soumettre à l'approbation du ministre des Finances la liste des actifs de l'État susceptibles d'être vendus et rendre un avis sur le prix que décide le Conseil des ministres, celui-ci ne pouvant descendre en-dessous de la valeur minimale qu'elle a fixée en fonction de critères de référence qu'elle détermine. On doit d'ores et déjà noter que procédures et critères d'évaluation généraux n'ont jamais été fixés ni par le gouvernement, ni par la Commission.

L'article unique de la loi du 30 mars 1992 avait par ailleurs intégralement soumis la Sabena aux coordonnées sur les sociétés commerciales, supprimant par là son statut public et la transformant en simple entreprise privée à participation publique dont l'État peut se désengager à tout moment⁴³.

⁴⁰ P.-P. VAN GEHUCHTEN, «Le concept de service public en droit belge», in L. GRARD e.a. (dir.), *Vers un service public européen*, Paris, A.S.P.E., 1996, p. 35. Ce qui, d'après l'expression de PH. QUERTAINMONT, «Les entreprises publiques autonomes - Un bilan de l'application de la loi du 21 mars 1991 », *RDCB*, 1996, pp. 501-512, les situe aux confins du droit administratif et du droit privé.

⁴¹ PH. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Story-Scientia, 2000, p. 239.

⁴² *Moniteur belge*, 24 octobre 1992. Cf. aussi les commentaires de CH. LEJEUNE, «La réforme des institutions publiques de crédit. Le cheminement d'une privatisation », *op. cit.*, p. 44.

⁴³ *Moniteur belge*, 2 avril 1992. Cf. G. SERVAIS, «La restructuration de la Sabena», *Courrier hebdomadaire*, CRISP, n° 1387, 1993. L'alliance avec Air France ayant échoué, c'est Swissair qui est entrée dans le capital de la société en 1995, l'État belge restant majoritaire mais confiant la gestion de l'entreprise à l'actionnaire privé. La faillite de la Sabena a été prononcée le 7 novembre 2001.

Ensuite, la loi du 22 juillet 1993 *portant dispositions sociales et diverses*, modifiée par la loi du 21 décembre 1994 *portant des dispositions sociales et diverses*⁴⁴ et par la loi du 20 décembre 1995⁴⁵, a habilité le Roi à céder les participations de l'État dans la Société nationale de crédit à l'industrie (SNCI), l'Office central de crédit hypothécaire (OCCH et la Société nationale d'investissement (SNI), d'une part (article 98), et à prescrire à la CGER-Holding et à la SNI de céder leurs participations dans diverses sociétés, d'autre part (article 99). Le Roi pouvait à cette fin modifier l'ordonnancement législatif en vigueur. Divers garde-fous étaient prévus : expiration de ces pouvoirs le 31 juillet 1994, rapport au Roi et consultation du Conseil d'État sur les arrêtés nécessaires pour modifier, compléter, abroger, remplacer les dispositions légales en vigueur ou y déroger, les arrêtés royaux devant de surcroît être communiqués sans délai aux chambres législatives (article 101). Cela revenait malgré tout à conférer au Roi, en fait sinon en droit, les pleins pouvoirs en matière de privatisations⁴⁶. Ces pouvoirs excédaient largement les lois d'habilitation ordinaires et s'apparentant à nouveau aux pouvoirs spéciaux, ce qui posait une fois de plus la question de la conformité à la Constitution de ce type de procédé. On reviendra sur l'absence de toute procédure de confirmation ultérieure par le Parlement des arrêtés pris sur cette habilitation. En dépit de l'avis de la section de législation du Conseil d'État qui estimait que le projet de loi revenait bien à accorder les pouvoirs spéciaux, le gouvernement s'est borné à le nier devant le Parlement. Mais le terme de « *pouvoirs spéciaux* » fut pourtant bel et bien expressément employé dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 29 septembre 1993 *modifiant la loi IPC*⁴⁷, une fois passé le cap de la discussion parlementaire.

En 1994 fut en outre entamé le processus de 'consolidation stratégique' de Belgacom par son ouverture au capital privé⁴⁸. Pour ce faire, la loi du 12 décembre 1994 dut modifier la loi EPA et la loi IPC, la première pour autoriser le Roi à la ces-

⁴⁴ *Moniteur belge*, 23 décembre 1994. Ses articles 167 à 172 prorogent et étendent les compétences du Roi en ce qui concerne les cessions d'actifs. Son pouvoir est confirmé pour modifier les dispositions législatives sur la dénomination, la création, l'organisation, les missions, le fonctionnement, le financement, le contrôle, la dissolution et la liquidation des institutions visées dans la loi de privatisation de 1993 ; son pouvoir est étendu de surcroît aux sociétés dont l'État a transféré préalablement ses participations, soit des entreprises publiques autres que les institutions publiques de crédit déjà visées, à la CGER-Holding transformée pour la cause en Société fédérale de participations (SFP) par arrêté royal du 7 avril 1995 (*Moniteur belge*, 29 avril 1995).

⁴⁵ *Moniteur belge*, 23 décembre, 1995. Ses articles 33 à 43 devaient à nouveau proroger les pouvoirs du Roi pour mener à bien la privatisation de l'OCCH, de l'INCA et de la CNCP ainsi que créer un régime de règlement des conflits d'intérêts pour les administrateurs. Et surtout, et enfin, imposer au ministre des Finances de présenter au Parlement un rapport final sur la cession des institutions financières.

⁴⁶ CH. LEJEUNE, « La réforme des institutions publiques de crédit. Le cheminement d'une privatisation », *op. cit.*, p. 50.

⁴⁷ *Moniteur belge*, 1^{er} octobre 1993, 2^{ème} éd., lequel procéda à la première privatisation d'ampleur puisque la CGER-Holding a cédé ses participations dans la CGER-Banque et la CGER-Assurance au groupe privé belgo-néerlandais Fortis. Dans un premier temps, État et Fortis détenaient chacun 49,9%, les 0,2% restant étant détenus par les deux filiales ; mais le président du holding, désigné par le conseil d'administration parmi les administrateurs représentant le partenaire privé, avait voix prépondérante en cas de partage, de telle sorte que la privatisation du contrôle était bel et bien effective et dépassait la seule cession d'actifs. Par la suite, la participation publique est tombée à 25,1%.

⁴⁸ Cessions d'actifs, consolidation stratégique,... autant d'euphémismes employés pour éviter le terme de privatisation qui effraye une part importante des syndicats et partis de gauche.

sion du capital de la nouvelle société anonyme de droit public à concurrence de 50% moins une action, ce qui laissait l'État majoritaire – mais en faisant sauter le verrou des 75% des voix dans les organes de gestion – ; la seconde pour permettre le portage des actions par la CGER-Holding⁴⁹.

La législature 1995 – 1999 : la poursuite des privatisations

En 1996, la majorité CVP-PS-PSC-SP, reconduite en 1995, devait finaliser l'entrée dans l'Union économique et monétaire européenne. Le gouvernement demanda à nouveau de très larges habilitations dont l'exacte portée fut controversée. Il refusait de voir des pouvoirs spéciaux dans les habilitations obtenues aux termes de trois lois votées le 26 juillet 1996 : la première *portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pension* ; la deuxième *relative à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité* ; et la troisième *visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne*, – ci-après loi UEM, qui retiendra ici seule l'attention⁵⁰. Ce refus de présenter à l'opinion publique de nouvelles mesures d'austérité comme fondées sur des pouvoirs spéciaux explique l'emploi par le gouvernement du terme de « *loi-cadre* » qui ne se retrouve pas dans leur intitulé mais dans les justifications exposées au Parlement.

La loi UEM octroyait pourtant à nouveau au Roi le pouvoir d'abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur dans les conditions qu'elle a déterminées⁵¹, tant en matière fiscale que sociale. Son article 3, § 1^{er}, habilitait le Roi à entièrement réorganiser les organismes d'intérêt public et à céder, ou faire céder par la SFP, des actifs mobiliers et immobiliers. En ce qui concerne les cessions d'actifs, le gouvernement ne pouvait toutefois porter atteinte à la loi EPA. Malgré cette considérable extension des compétences et pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de restructuration du secteur public, le bilan de l'application de la loi UEM fut pourtant, dans ce domaine, moins étendu que ce que d'aucuns pouvaient initialement craindre.

⁴⁹ *Moniteur belge*, 22 décembre 1994, lequel publie également l'arrêté royal du 16 décembre 1994 *portant transformation de Belgacom en société anonyme de droit public et en fixant les statuts*, l'arrêté royal du 16 décembre 1994 *portant désignation de la CGER-Holding en tant qu'autorité publique susceptible d'acquiescer des droits relatifs aux actions de Belgacom* et l'arrêté royal du 19 décembre 1994 *relatif à l'emprunt à contracter sous la garantie de l'État par la CGER-Holding*.

⁵⁰ Ces trois lois ont été publiées au *Moniteur belge*, 1^{er} août 1996.

⁵¹ Les arrêtés, à délibérer en Conseil des ministres, ne pouvaient porter préjudice à la loi sur la modernisation de la sécurité sociale, ni aux revenus des plus faibles, et devaient répartir les efforts demandés à la population en fonction des différents types de revenus de manière à préserver les catégories sociales plus faibles. Ils devaient encore garantir un service public efficace et efficient ainsi que renforcer une politique active pour l'emploi par diminution des charges pesant sur le travail compensée par un financement alternatif de la sécurité sociale. L'habilitation expirait le 31 août 1997 et si à cette date les arrêtés avaient été confirmés par la loi, seule une loi pouvait encore les modifier ou les abroger.

Il faut aussi dire que la privatisation du secteur public du crédit était déjà bien entamée et que celle de la SNI était achevée⁵². Le bilan des trois lois du 26 juillet 1996 est considérable mais relativement limité en ce qui concerne les services publics si l'on examine plus particulièrement dans les quatre lois qui ont confirmé en 1997 les arrêtés royaux pris sur les habilitations octroyées en 1996 les arrêtés pris en vertu de l'article 3, § 1er, 6° et 7° de la loi UEM⁵³.

La modernisation des entreprises publiques fédérales régies par la loi EPA a toutefois été poursuivie durant cette période, notamment par la résolution du problème du financement du TGV en vue de permettre le développement de la SNCB⁵⁴.

Une loi du 19 décembre 1997 *visant à rationaliser la gestion de l'aéroport de Bruxelles-National* a 'renationalisé' partiellement la société de gestion du terminal aérien, en indemnisant à due concurrence les actionnaires privés qui avaient préalablement marqué leur accord⁵⁵. Cette opération complexe fut également menée par voie de pouvoirs qualifiés de spéciaux par le Conseil d'État, le gouvernement refusant tou-

⁵² Pour une première synthèse, cf. A. VINCENT, « Entreprises et holdings publics fédéraux. Restructurations et privatisations 1992-1995 », *Courrier hebdomadaire, CRISP*, n° 1488-1489, 1995.

⁵³ La loi du 13 juin 1997 (*Moniteur belge*, 19 juin 1997) a ainsi confirmé un arrêté du 18 octobre 1996 qui a adapté le statut de la Banque nationale de Belgique, un arrêté du 18 novembre 1996 qui a réorganisé la Régie des bâtiments, un arrêté du 19 décembre 1996 sur la restructuration déjà évoquée du Crédit communal et un arrêté du 19 décembre 1996 qui a supprimé le Fonds d'aide au redressement financier des communes. La loi du 26 juin 1997 (*Moniteur belge*, 28 juin 1997) a pour sa part confirmé deux arrêtés du 18 février 1997 qui ont procédé à la dissolution de la Régie des transports maritimes et au reclassement de son personnel. Deux lois du 12 décembre 1997 (*Moniteur belge*, 18 décembre 1997) emportent également d'importantes confirmations, seule la seconde concernant l'article 3, § 1er, 6° et 7° de la loi UEM : un arrêté du 3 avril 1997 avait transféré certains agents de Belgacom à l'autorité fédérale, un arrêté du 30 mai 1997 avait modernisé les instruments publics de soutien financier à l'exportation, un arrêté du 18 juin 1997 avait instauré un régime de congé préalable à retraite pour certains statutaires de la même entreprise publique, un arrêté du 15 juillet 1997 avait procédé à la consolidation des actifs financiers des administrations publiques, un arrêté du 19 août 1997 avait à nouveau modifié la loi IPC et enfin, un arrêté de la même date avait créé un Service d'information scientifique et technique à gestion séparée. Aucune privatisation nouvelle n'est à dénombrer parmi ces mesures.

⁵⁴ Cf. la loi du 17 mars 1997 *relative au financement du projet TGV* qui se caractérise par la complexité du montage mis en place et les arrêtés du 13 avril 1997 sur le calendrier d'investissement et les premiers statuts de la Financière TGV, laquelle entre dans le capital de la SNCB pour financer les infrastructures nécessaires, son capital étant détenu par la SFP et la SNCB, lesquelles avec les autorités publiques relevant de l'État doivent en tout temps détenir plus de 50% des droits de vote (*Moniteur belge*, 16 avril 1997). Également l'arrêté royal du 20 mai 1997 *portant approbation du protocole de gestion entre l'État, la Financière TGV, la SNCB et la SFP* (*Moniteur belge*, 29 mai 1997) et l'arrêté royal du 10 novembre 1997 *approuvant certaines modifications aux statuts de la SNCB* (*Moniteur belge*, 15 novembre 1997).

⁵⁵ La transformation de la RVA en Belgocontrol, entreprise publique autonome, et de BATC en BIAC, société anonyme de droit public avec rétablissement provisoire de la majorité publique (à sa création par arrêté du 10 décembre 1987 (*Moniteur belge*, 11 décembre 1987, et ce suite à l'arrêté de pouvoirs spéciaux du 1^{er} août 1986), la majorité était composée d'actionnaires privés), ne doivent pas occulter que la privatisation et la mise en bourse de cette dernière demeure l'objectif de cette réforme en vue de laquelle le Roi s'est vu octroyer les pouvoirs spéciaux en 1997 (F. VANDRIESSCHE, « De Belgische openbare luchtvaartstructuren en de hervorming van de Regie der Luchtweegen en BATC », *CDPRK*, 1999, pp. 46-61). L'intention du gouvernement en-ciel est de privatiser BIAC même s'il ne s'est pas encore doté des moyens légaux nécessaires (*La Libre Belgique* 29 août 2001).

jours cette terminologie⁵⁶. Les arrêtés pris sur l'habilitation firent, quoi qu'il en soit, l'objet de confirmation législative⁵⁷. La complexité découle de ce qu'initialement BIAC était une société à capitaux majoritairement privés, la loi de 1997 ayant opéré le passage de la majorité au secteur public avant que l'arrêté du 2 avril 1998⁵⁸ n'ait réintroduit la possibilité d'une baisse en-dessous de 50 % de la part directe de l'État. La loi de confirmation de cet arrêté, adoptée le 9 juillet 1998, a clairement indiqué qu'une partie du capital pourrait être introduite en bourse⁵⁹.

On retiendra également la loi du 19 décembre 1997 modifiant, à nouveau, la loi EPA afin d'adapter le cadre réglementaire aux obligations en matière de libre concurrence et d'harmonisation sur le marché des télécommunications découlant des décisions de l'Union européenne⁶⁰. Cette nouvelle loi a toutefois laissé inchangée la structure d'actionnariat de Belgacom⁶¹. Elle marqua une nouvelle évolution pour le droit des services publics en réduisant fortement les missions de service public de Belgacom (article 58 de la loi EPA), en limitant la portée du contrat de gestion aux seules missions d'intérêt général (article 86ter de la loi EPA : collaboration à la défense civile, avec les services d'urgence, mise à disposition de connexions internet gratuites dans les hôpitaux, écoles et bibliothèques publics, etc.) et en consacrant légalement les missions de service universel (articles 84 à 86 : accès sur tout le territoire à un tarif raisonnable au réseau public fixe de base de téléphonie vocale et de télécopie, appels d'urgence gratuits, service de renseignements, annuaires, accès aux plus défavorisés, etc.). Or, le nouvel article 83, § 2, de la loi EPA prévoit la possibilité que d'autres opérateurs fournissent également le service universel.

Désormais, même une mission relevant du service public au sens fonctionnel du terme, un service public minimum en fait, jusque-là réservée à un service public, au sens cette fois organique, peut faire l'objet de la concurrence en étant prestée par des opérateurs privés⁶².

⁵⁶ Cf. infra. Cf. les arrêtés du 19 août 1998 *fixant le prix minimum pour la cession par les autorités publiques d'actions de la société anonyme de droit public BLAC* (*Moniteur belge*, 25 août 1998), deux du 25 août 1998 *portant approbation des contrats de gestion de BLAC et de la RVA-Belgocontrol*, deux de la même date classant BIAC et Belgocontrol parmi les entreprises publiques autonomes (*Moniteur belge*, 1^{er} septembre 1998), du 24 septembre 1998 *portant augmentation du capital de BLAC* (*Moniteur belge*, 30 septembre 1998). *Adde* l'arrêté du 2 juin 1999 approuvant les modifications des statuts de BLAC (*Moniteur belge*, 7 juillet 1999).

⁵⁷ Par exemple par l'article 22 de la loi du 3 mai 1999 *portant des dispositions budgétaires et diverses* (*Moniteur belge*, 4 mai 1999).

⁵⁸ *Moniteur belge*, 11 avril 1998.

⁵⁹ *Moniteur belge*, 31 juillet 1998.

⁶⁰ *Moniteur belge*, 30 décembre 1997.

⁶¹ L'État en détient toujours 50% plus une action, l'autre moitié ayant été cédée au consortium Ameritech International-Tele Danmark-Singapore Telecommunications (arrêté royal du 19 décembre 1995 *autorisant l'État à céder des actions de Belgacom*, *Moniteur belge*, 11 juin 1996).

⁶² Le contrat de gestion entre l'État et Belgacom, approuvé par arrêté royal du 22 juin 1998 (*Moniteur belge*, 18 juillet 1998), est effectivement nettement plus court que précédemment.

L'arrêté royal du 21 décembre 1998 a quant à lui constitué la dernière étape de la privatisation de la CGER⁶³ puisqu'il a confié à la SFP le soin de vendre les derniers 25% du capital que ne détenait pas encore le groupe privé Fortis⁶⁴. L'arrêté se fondait sur la loi du 19 août 1998 qui avait, elle aussi, octroyé des pouvoirs spéciaux en raison de l'expiration de ceux accordés auparavant⁶⁵. Cette dernière n'a pas instauré de confirmation législative et n'a, selon l'habitude adoptée depuis 1993 à propos des institutions de crédit à participations publiques, prévu qu'un rapport à effectuer par le ministre des Finances devant la Chambre. Le Conseil d'État a souligné à cet égard que ce rapport ne permettait en rien d'infléchir *a posteriori* les options du gouvernement⁶⁶. De 1993 à 1998, la privatisation de la CGER a donc été systématiquement conduite à l'aide de pouvoirs spéciaux⁶⁷.

Une loi du 23 avril 1999 a préparé l'éventuelle cession par la SFP de ses actions dans l'OCCH⁶⁸ après l'abrogation, par la loi du 16 mars 1998, de l'arrêté de pouvoirs spéciaux de 1935 qui l'avait institué⁶⁹. La privatisation de l'OCCH s'avère compliquée puisque les lois de 1993, 1994 et 1995 la permettaient déjà. Un appel d'offre international de reprise est resté lettre morte, ce qui a justifié le vote de la loi de 1999 ainsi que l'adoption le 3 juin 1999 d'un arrêté en période où les chambres étaient dissoutes⁷⁰.

⁶³ Pris en vertu de l'article 99 de la loi du 22 juillet 1993 *de privatisation* (qui avait permis une première cession de 50 %), modifiée par la loi du 20 décembre 1995, un arrêté royal du 18 juillet 1997 avait prescrit à la SFP de céder à nouveau 24,7 % de la CGER-Banque et de la CGER-Assurances (*Moniteur belge*, 29 juillet 1997). Pour une fois, l'avis de la Commission d'évaluation des actifs de l'État était requis. Un arrêté du 19 août 1997, pris lui sur base de l'article 3, § 1^{er}, 6^o et 7^o, de la loi UEM du 26 juillet 1996, s'est chargé de modifier la loi coordonnée du 24 décembre 1996 (*Moniteur belge*, 26 août 1997), de telle sorte que l'on peut conclure que deux lois d'habilitation ayant octroyé des pouvoirs spéciaux se sont télescopées en l'occurrence.

⁶⁴ *Moniteur belge*, 31 décembre 1998, éd. 2.

⁶⁵ *Moniteur belge*, 26 septembre 1998.

⁶⁶ Avis du 30 avril 1998 sur l'avant-projet de loi *relative à l'éventuelle cession par la SFP de ses actions de CGER-Banque et de CGER-Assurances*, Chambre, *Doc. parl.*, 1567/1 (SO 1997-1998), p. 8.

⁶⁷ Le recours aux pouvoirs à nouveau qualifiés de spéciaux par le Conseil d'État, alors que ceux-ci sont théoriquement réservés aux circonstances exceptionnelles ou de crise, se justifiait-il vraiment, en particulier en 1998, alors que le groupe Fortis détenait depuis 1993 un droit de préemption conclu avec la S.F.P. et qu'il n'était guère douteux qu'il ne se portât pas acquéreur des derniers 25,1 % ? Ceci résulte peut-être d'une certaine culture de l'habitude. Toujours est-il qu'un arrêté royal du 23 mars 1999 a parachevé l'œuvre en modifiant les diverses dispositions légales qui régissaient encore spécifiquement la CGER (*Moniteur belge*, 30 mars 1999).

⁶⁸ Erratum publié au *Moniteur belge*, 11 septembre 1999, éd. 2.

⁶⁹ *Moniteur belge*, 26 juin 1998. Le fait que des services publics ont été créés par voie de pouvoirs spéciaux bat en brèche l'assertion selon laquelle leur régime organique serait une matière réservée au pouvoir législatif (*infra*). On notera pour la petite histoire que l'exposé des motifs du projet de loi est rédigé de manière telle, en l'occurrence comme un rapport au Roi précédant un arrêté de pouvoirs spéciaux, qu'il ne fait aucun doute que le gouvernement entendait au départ faire usage de la loi UEM plutôt que de proposer au Parlement une loi (Chambre, *Doc. parl.*, 1293/1 (SO 1997-1998)).

⁷⁰ Cf. le rapport au Roi précédant l'AR du 3 juin 1999, *Moniteur belge*, 31 juillet 1999.

D'autres possibilités de privatisations furent également rendues possibles sous cette législature comme celle du Palais des Beaux-Arts⁷¹. Seront aussi abordées plus loin la constitution du Centre européen de recherche des enfants disparus, la transformation de l'Administration générale de la coopération au développement en Coopération technique belge et la création du réseau ASTRID regroupant les communications des services de sécurité.

La législature actuelle : une coalition inédite continuant à privatiser

La coalition VLD-PRL-PS-SP-Écolo-Agalev arrivée aux affaires en 1999 a bouleversé la donne politique en reléguant dans l'opposition les partis sociaux-chrétiens au pouvoir depuis 1958 ans et en consacrant la première participation gouvernementale de partis écologistes. Cette coalition inédite a repris à son compte des procédures initiées sous la précédente majorité. Ainsi, des arrêtés royaux du 10 octobre 2000 ont pris certaines mesures ayant trait au personnel de la Commission d'évaluation des actifs de l'État dont on peut conclure qu'elle est toujours appelée à fonctionner⁷².

On relève aussi que le gouvernement actuel a adopté le 31 décembre 1999 un arrêté royal permettant à la SFP de céder les actions qu'elle détient dans l'OCCH et ce, en vertu de la loi du 23 avril 1999, votée sous la coalition précédente. Le rapport au Roi qui introduit l'arrêté rappelle que le Roi a été investi pour ce faire de pouvoirs spéciaux⁷³. On remarquera que si la majorité gouvernementale a changé, les méthodes de privatisation demeurent discrètement. À l'instar de la privatisation des autres institutions publiques de crédit, en particulier celle de la CGER, il faut bien constater que l'article 6 de la loi se borne à prévoir un rapport du ministre des Finances à la Chambre sur les éventuelles cessions d'actifs sans qu'aucune confirmation législative ne soit requise⁷⁴.

⁷¹ La loi du 7 mai 1999 a transformé le Palais des Beaux-Arts en société anonyme de droit public à finalité sociale, l'État devant détenir au moins 50 % des actions et des droits de vote, la valeur de cession du restant devant être déterminée par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres (*Moniteur belge*, 20 août 1999). À remarquer que cette loi est, exceptionnellement, issue d'une proposition parlementaire. Quant aux difficultés liées à la capitalisation de cette institution : avis du 31 mars 1999 sur une proposition de loi *relative aux institutions culturelles fédérales*, Chambre, *Doc. parl.*, (SO 1998-1999), 50/6-1995 (SE).

⁷² *Moniteur belge*, 28 octobre 2000.

⁷³ Arrêté royal du 31 décembre 1999 modifiant, en ce qui concerne l'Office central de Crédit hypothécaire, la loi coordonnée du 24 décembre 1996 *portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé*, *Moniteur belge*, 11 janvier 2000. La transformation de l'OCCH en société de droit privé ne doit être effective qu'à partir du moment où un actionnaire privé aura acquis au moins 25,1 % des droits de vote.

⁷⁴ L'avis rendu également le 31 décembre 1999 par la section de législation n'a émis aucune remarque. On peut toutefois se demander s'il est sain qu'un arrêté de pouvoirs spéciaux permette *de facto* au gouvernement de procéder à la privatisation au-delà de la période d'habilitation qui expirait ce jour-là. En outre, l'arrêté trouve son fondement dans la loi du 23 avril 1999 qui a donc octroyé des pouvoirs spéciaux au-delà de la législature en cours lors de son vote, ce que le Conseil d'État avait vertement critiqué à propos de la loi du 19 décembre 1997 visant à rationaliser la gestion de l'aéroport de Bruxelles-National.

Par ailleurs, même s'il ne s'agissait pas d'une privatisation mais bien de la création d'un nouvel organisme public, la portée des pouvoirs conférés au Roi aux termes de la loi du 4 février 2000 - qui a créé l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire - a été largement débattue à la Chambre⁷⁵. L'article 5 de cette loi habilite le Roi, par arrêtés délibérés en Conseil des ministres, à abroger, compléter, modifier, remplacer et coordonner une quinzaine de lois en lui assignant certains objectifs; l'article 14 a conféré ces pouvoirs pour une durée d'un an, les arrêtés devant être confirmés dans les dix-huit mois. Le gouvernement, ayant tenu compte des observations du Conseil d'État⁷⁶, a notablement revu son projet dans lequel l'exposé des motifs voyait une loi-cadre et l'opposition des pouvoirs spéciaux, même si la section de législation s'est abstenue d'employer cette fois-là l'un ou l'autre des vocables⁷⁷.

La loi du 10 août 2001 relative à Belgacom⁷⁸ s'inscrit dans une toute autre perspective que celle de la continuation de procédures initiées par un gouvernement précédent. Cette fois, c'est bel et bien un dossier propre à la coalition arc-en-ciel qui est traité à l'aide de pouvoirs spéciaux. L'échec des négociations sur la fusion avec le groupe KPN, l'ancien opérateur public néerlandais de télécommunications, pose cependant la question de savoir si les pouvoirs, une fois de plus appelés spéciaux par la section de législation du Conseil d'État, *a priori* uniquement accordés pour conclure une fusion, pourront être utilisés dans une autre perspective en vue d'une éventuelle cession simple de tout ou partie du capital toujours majoritairement public⁷⁹.

Huit années de privatisations auxquelles ont participé toutes les trois familles politiques à vocation gouvernementale montrent qu'un des éléments du débat est d'abord d'ordre terminologique. Cet élément essentiel n'est pas seulement de nature politique. En effet, selon qu'une habilitation permettant au Roi de modifier l'ordonnancement législatif est qualifiée ou non de pouvoirs spéciaux, les exigences constitutionnelles ne sont pas les mêmes. La plupart du temps, le Conseil d'État a vu des pouvoirs spéciaux dans les autorisations données au Roi d'organiser des privatisations alors que les gouvernements successifs parlent à dessein de lois-cadre ou préfèrent systématiquement ne procéder à aucune qualification. Un autre élément essentiel, moins mis en avant par le Conseil d'État, résulte du constat que certaines opéra-

⁷⁵ *Moniteur belge*, 18 février 2000.

⁷⁶ Avis du 19 août 1999 sur l'avant-projet de loi relatif à la création de l'Agence fédérale pour la sécurité alimentaire, Chambre, *Doc. parl.*, 50 0232/001, p. 23 : « Pour rester conforme à l'ensemble des règles constitutionnelles qui régissent les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, il faut que, comme en l'espèce, il y ait des circonstances exceptionnelles - qui au demeurant délimitent la période au cours de laquelle ces pouvoirs peuvent être attribués -, que l'attribution au Roi de tels pouvoirs soit limitée dans le temps et que les pouvoirs conférés au Roi soient précisément définis, tant en ce qui concerne les finalités et les objectifs qu'en ce qui concerne les matières dans lesquelles des mesures peuvent être prises, et que soit indiquée la portée précise des mesures que le Roi est habilité à prendre. En outre, il va de soi que la loi d'habilitation ne peut en aucun cas enfreindre les normes supranationales et internationales, ni le partage des compétences entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions (...) ».

⁷⁷ Cf. l'intervention d'un député CVP relatée dans le rapport du 13 décembre 1999 de Mmes BURGEON et SCHAUVILIEGE, Chambre, *Doc. parl.*, 50 0232/004, pp. 14-15.

⁷⁸ *Moniteur belge*, 25 août 2001, éd. 2. Cf. infra pour plus de détails. Fin octobre 2001, la Chambre a approuvé le projet de loi modifiant la loi EPA (Chambre, *Doc. parl.*, 50 1422) qui doit marquer l'aboutissement de plusieurs mois de palabres sur la réforme de la S.N.C.B. sans consentir de larges délégations au gouvernement.

⁷⁹ Cette question est pertinemment posée par le supplément *Eco* du *Soir* du 8 septembre 2001.

tions de restructuration du secteur public fédéral ont donné lieu à leur confirmation par le Parlement alors que d'autres, en particulier la privatisation des banques publiques, absolument pas. Ceci renvoie au respect du principe constitutionnel de légalité, qui suppose qu'une autorité publique n'exerce ses pouvoirs et compétences que dans le respect de la Constitution.

La légalité des pouvoirs octroyés au gouvernement pour privatiser

Les délégations de compétences sur l'organisation du secteur public

Le fondement de l'ordre constitutionnel belge est le principe de la souveraineté nationale, à propos duquel le professeur Jacques Velu enseignait : « *De ce que les pouvoirs ont pour titulaire la nation et ne peuvent être exercés que de la manière établie par la Constitution, il se déduit notamment que ces pouvoirs sont inaliénables et intransmissibles : les organes que la Constitution désigne pour les exercer ne peuvent les subdéléguer. Cette interdiction de subdélégation n'a cependant pas pour effet d'imposer aux organes constitutionnels d'exercer eux-mêmes toutes les fonctions qui relèvent de leurs attributions respectives : compte tenu de la diversification et de la complexité croissantes des tâches de la puissance publique, cette prohibition doit s'interpréter comme ne se rapportant qu'à ce qui est de l'essence même du pouvoir et non à ce qui n'en est que la partie accessoire.* »⁸⁰ La délégation de pouvoir s'apprécie au cas par cas, en fonction des circonstances, de la période considérée, de la matière en cause⁸¹, ce qui suppose que la délégation soit précisément circonscrite⁸². Mais, de manière plus fondamentale, on peut se demander si l'article 33, alinéa 2, de la Constitution ne consacre pas la prééminence de l'État de droit plutôt que le seul principe de la souveraineté nationale⁸³. Dans une acception large, le principe de légalité est donc celui de l'État de droit, celui de la soumission des gouvernants au droit et du principe corollaire de l'indisponibilité des compétences dévolues par la Constitution à chacune des autorités publiques.

Rapportée aux modes d'organisation des services publics, une acception plus littérale du principe de légalité emporte la primauté du législateur sur le pouvoir exécutif.

⁸⁰ J. VELU, *Droit public*, I, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 81-82. Également les conclusions du procureur général, alors avocat général, W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH sur Cass. 10 juillet 1953, *Pas.*, 1953, I, pp. 917-918.

⁸¹ Selon le titre évocateur de l'étude de F. KOEKELBERG, « La licéité de la délégation de pouvoir : avant tout une question de limites », note sous CE 27 juin 1984, *Crabbe, APT*, 1985, pp. 133-156.

⁸² Ainsi, à propos des habilitations et pouvoirs spéciaux conférés au Roi, la section de législation du Conseil d'État a rappelé que « *si les articles 33 et 105 de la Constitution permettent de déroger à la règle de l'exercice personnel des compétences, une délégation de pouvoirs n'est toutefois licite au regard des dispositions constitutionnelles précitées que si les pouvoirs sur lesquels elle porte sont déterminés quant à leur nature et à leur objet* » (avis du 23 octobre 1996 sur un arrêté royal, fondé sur l'article 3, § 1er, 6°, de la loi UEM, portant diverses mesures en vue de modifier la loi du 1^{er} avril 1971 portant création d'une Régie des Bâtiments, *Moniteur belge*, 12 décembre 1996).

⁸³ M. UYTENDAELE, *Réflexions sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 45.

tif : « *La doctrine admet unanimement – et la pratique confirme – que seul le législateur peut créer une personne publique. Il le fait de diverses manières. La loi qui est à l'origine du service peut être une loi formelle (loi de budget) ou une loi matérielle. Cette loi peut soit régler elle-même le statut en détail, soit donner de larges pouvoirs d'exécution au Roi. Il est même arrivé, en période de crise, que la création et l'organisation de 'parastataux' aient été le fait du gouvernement agissant en vertu de pouvoirs spéciaux. Quoi qu'il en soit, il est fermement reconnu en droit belge que tout service public personnalisé doit trouver sa source dans une loi ou au moins dans un acte de caractère législatif.* »⁸⁴ Plus précisément encore, « *dans la dévolution constitutionnelle libérale, le principe de liberté est érigé en clé de voûte des rapports qui se nouent entre particuliers. À l'inverse, le principe de légalité régit la situation des gouvernants. Entendu au sens fort, le principe de légalité implique un triple recouvrement, organique, matériel et formel. La loi définit et circonscrit les organismes publics, voués à une tâche d'intérêt général, agissant par la mise en oeuvre de procédés de droit public* »⁸⁵. Ce qui est vrai pour la création des services publics organiques comme pour celle de services publics fonctionnels, qui implique pour sa part la 'privatisation' de leur gestion et non celle de leur propriété, est par conséquent également valable pour la privatisation, quel que soit son degré, quand celle-ci entraîne un transfert, fut-il même partiel, de propriété d'une personne publique vers une personne privée. Le parallélisme du pouvoir ne fait pas de doute : l'autorité qui est habilitée à créer un service, en l'occurrence le législateur, doit être la seule habilitée à en ordonner soit la suppression, soit la cession, qu'elle agisse elle-même ou y autorise une autre autorité. Le principe de légalité est donc bel et bien applicable aux procédures de privatisation car l'économie générale de la Constitution, à défaut de disposition l'imposant spécifiquement, le commande : une privatisation doit au moins reposer sur une autorisation du pouvoir législatif.

L'article 105, anciennement 78, de la Constitution dispose que « *le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même* ». Dans la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, c'est au premier, qu'exercent conjointement les deux Chambres et le gouvernement, que reviennent les compétences résiduelles, sans pré-

⁸⁴ J. SAROT, « Le contrat, instrument d'organisation des services publics », *APT*, 1976-1977, p. 101, poursuivait : « *La création de personnes de droit public n'est donc pas, en théorie du domaine du contrat. Et pourtant nombre d'organismes d'intérêt public ont été créés sous forme de société anonyme ou de société coopératives.* » Également, sur le phénomène contractuel en droit administratif, la thèse de M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991. L'irruption en 1991 de l'institution du contrat de gestion a modifié les classifications classiques, encore qu'elle trouve son fondement dans la loi EPA. Mais l'ouverture à l'actionnariat privé du capital des entreprises publiques autonomes sous statut de sociétés anonymes de droit public relativise aussi l'interdiction de principe, déjà tempérée en pratique depuis longtemps, d'organiser les services publics par voie contractuelle. Ainsi, c'est pour exécuter une clause de l'accord d'actionnariat du 20 mars 1996, comme l'indique le rapport au Roi qui le précède, qu'un arrêté royal du 3 mars 1997, fondé sur l'article 3, § 1er, 6° de la loi UEM, a transféré certains agents de Belgacom à l'autorité fédérale qui les a réaffectés au service de la perception des redevances radio-télévision (*Moniteur belge*, 5 avril 1997).

⁸⁵ P.P. VAN GEHUCHTEN, « Le concept de service public en droit belge », *op. cit.*, pp. 36-37. Également D. DEOM, *Le Statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, Story Scientia, p. 161 pour ce qui concerne les services publics organiques et, P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961, n° 144, à propos des services publics fonctionnels.

judice des compétences qui sont directement réservées par la Constitution à l'un des deux pouvoirs⁸⁶.

Quant à l'article 108, anciennement 67, de la Constitution, il porte que « *le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution* ». Cette disposition porte pour sa part le pouvoir réglementaire d'exécution du Roi et traduit donc le principe selon lequel la nature des actes posés par le pouvoir exécutif est administrative, les actes pouvant être à portée individuelle ou réglementaire. Autrement dit, dans la logique de la Constitution de 1831, le pouvoir exécutif agissant seul n'a pas le pouvoir d'adopter des normes de nature législative.

Les pouvoirs spéciaux, habilitation au gouvernement de faire la loi

La Belgique a connu des périodes de crise économique qui ont mené le pouvoir législatif à étendre, la première fois en 1926, par de larges habilitations, les prérogatives de l'exécutif. Après de très longues controverses, la Cour de cassation a finalement admis que l'article 105 de la Constitution autorise ces prolongements de compétences de l'exécutif au-delà de la simple compétence d'exécuter les lois que lui reconnaît l'article 108⁸⁷. La terminologie, les définitions doctrinales et les positions de la section de législation du Conseil d'État varient considérablement surtout lorsque l'habilitation va jusqu'à autoriser l'arrêté royal à abroger, compléter, remplacer, modifier la loi.

Nous reprendrons pour la commodité de l'exposé, qui vise à établir si ce sont bien des pouvoirs de cette nature qui ont été déferés au Roi en matière de privatisations – puisque le gouvernement, quelle que soit sa composition, s'est souvent défendu d'avoir recours aux pouvoirs spéciaux –, la classification du professeur Ergéc. Celui-ci distingue les lois d'habilitation – et en leur sein, les lois d'habilitation ordinaire et les lois de pouvoirs spéciaux –, d'une part, et les lois-cadres, d'autre part⁸⁸.

⁸⁶ La seule compétence réservée au Roi en matière d'organisation des services publics est, aux termes de l'article 107 de la Constitution, celle de l'organisation de la fonction publique générale.

⁸⁷ Cass. 3 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 914. F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique, op. cit.*, p. 772, précise que « *le Roi n'est pas habilité à faire une loi, mais à faire œuvre en matière législative, en utilisant les modes d'action qui lui sont particuliers, notamment ceux de l'action réglementaire* ». Dans une littérature juridique abondante des années 1980 qui reprochait généralement aux pouvoirs spéciaux d'être devenus le mode « *normal* » d'exercice de la fonction législative au bénéfice du seul gouvernement, cf. entre autres A. ALEN, « De grondslag van de bijzondere-machtenwetgeving », *R W*, 1983-1984, col. 417-428 ; idem, « De 'bijzondere machten': een nieuwe 'besluitenregering' in België? », *TBP*, 1986, pp. 199-215 ; F. DEHOUSSE, « Pouvoirs spéciaux et changement de régime », *JT*, 1984, pp. 353-365, et 1985, pp. 65-72 et 81-90 ; Y. LEJEUNE et H. SIMONART, « L'article 78 de la Constitution ou la faculté d'étendre le pouvoir royal », *Ann. Dr. Low.*, 1980, pp. 313-386 ; PH. QUERTAINMONT, « Le déclin de l'État de droit », *JT*, 1984, pp. 273-280 ; A. VANWELKENHUYZEN, « L'attribution des pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1974 », *JT*, 1974, p. 579 ; etc.

⁸⁸ R. ERGEC, *Introduction au droit public*, I, 2^{ème} éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1994, pp. 116-122.

Les lois de cadre confèrent de larges pouvoirs au Roi mais ceux-ci sont des pouvoirs d'exécution des lois, fondés sur l'article 108 et non pas 105 de la Constitution. Ces lois se limitent à énoncer en des termes généraux les principes essentiels que le Roi doit mettre en œuvre par des arrêtés qui sont et demeurent ensuite des mesures à caractère réglementaire⁸⁹. Les arrêtés royaux qui complètent les principes portés par les lois-cadres ne sont donc pas, en principe, fondés à modifier les dispositions législatives en vigueur⁹⁰. C'est pourquoi l'utilisation par le gouvernement du terme de « *loi-cadre* » pour qualifier la loi UEM du 26 juillet 1996 est incorrecte puisqu'il obtint le pouvoir de modifier l'ordonnancement législatif.

Les lois d'habilitation en général étendent la compétence réglementaire d'exécution du Roi. Les lois d'habilitation ordinaire peuvent ainsi autoriser le Roi à adapter les montants fixés par des articles légaux ou prescrire la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions⁹¹. Mais certaines d'entre elles vont jusqu'à habilitier l'exécutif à modifier l'ordre législatif en vigueur, comme c'est le cas lorsqu'il s'agit de transposer en droit interne des obligations internationales, la plupart du temps celles générées par des directives européennes⁹². Sont alors requises diverses garanties formelles comme l'obligation de délibération des arrêtés de transposition par l'entière du Conseil des ministres, l'avis obligatoire de la section de législation du Conseil d'État, leur communication pour information aux Chambres, etc. Si ces arrêtés peuvent donc le cas échéant modifier la loi, ils doivent être, normalement, confirmés par le pouvoir législatif et le pouvoir d'appréciation reconnu à l'exécutif demeure relativement restreint⁹³.

⁸⁹ J. VELU, *Droit public, op. cit.*, p. 604 distingue la loi de cadre, qui n'entraîne qu'une abstention du législateur de régler en détail une matière alors qu'il en définit les principes essentiels, des lois de pouvoirs spéciaux qui, si elles ne peuvent s'analyser en une délégation du pouvoir de faire la loi, équivalent en fait pour le pouvoir législatif à abandonner les matières indiquées au pouvoir exécutif. Dans ce cas, « (le Roi) *se voit conférer, dans celles-ci, la compétence réglementaire, fondée sur l'article 78 (105) de la Constitution, d'abroger, de compléter, de modifier ou de remplacer la loi* ».

⁹⁰ A. ALEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht*, I, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 121. Pour un cas qualifié de loi-cadre par la Cour d'arbitrage : C.Arb. 29 mars 2001, n° 40/2001, B.13.2.

⁹¹ R. ERGEC, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 116.

⁹² Par exemple, l'article 27 de la loi du 3 mai 1999 *portant des dispositions budgétaires et diverses* qui prévoit la mise en concordance du droit belge avec les directives communautaires dans le domaine postal et habilite le Roi à modifier l'ordonnancement législatif avant le 31 décembre 2002, soit au-delà de la législature alors en cours même si la confirmation législative des arrêtés de transposition est imposée. Également, l'article 5 de la loi du 3 juillet 2000 *modifiant la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications* et la loi EPA qui octroie le pouvoir de modifier la législation en vue de transposer des directives ou son article 24 qui confirme des arrêtés royaux pris sur habilitations antérieures (*Moniteur belge*, 13 juillet 2000).

⁹³ Par exemple la loi du 9 février 1996 (*Moniteur belge*, 10 février 1996) *portant confirmation de l'arrêté royal du 22 décembre 1994 modifiant le Titre III de la loi EPA* (*Moniteur belge*, 10 février 1995), titre qui constitue le cadre légal du droit des télécommunications. Cf. l'étude très complète de P. LEMMENS, « *Opdrachten aan de Koning voor de omzetting van internationale handelingen in de interne wetgeving* », in. *Liber Amicorum G. Baeteman*, Deurne, Kluwer et Story-Scientia, 1997, pp. 565-584. Quant au contrôle préalable exercé par la section de législation du Conseil d'État, cf. par exemple les avis du 11 mars 1998 sur l'AR du 16 juillet 1998 *relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux non publics de télécommunications* (*Moniteur belge*, 26 septembre 1998) ou du 25 octobre 1999 sur l'AR du 21 décembre 1999 *adaptant certaines dispositions de la loi EPA aux directives de l'Union européenne* (*Moniteur belge*, 9 février 2000).

Les lois de pouvoirs spéciaux accordent au Roi le pouvoir de prendre des dispositions autonomes régissant leur objet souverainement, comme le ferait une loi⁹⁴. La différence avec les lois d'habilitation ordinaire ne tient plus, comme on le soutenait encore il y a peu, à l'octroi du pouvoir de modifier la loi, que l'on rencontre désormais également dans les deux cas, mais bien plus dans l'étendue du pouvoir d'appréciation laissé au Roi. C'est en effet un avis du Conseil d'État du 14 juillet 1988 qui a contribué à estomper cette distinction traditionnelle en estimant qu'« *une loi d'habilitation (...) n'acquiert pas nécessairement le caractère d'une loi de pouvoirs spéciaux par cela seul que les arrêtés pris en application de la loi d'habilitation peuvent modifier ou compléter des lois existantes. (...) La différence entre une loi d'habilitation ordinaire et une loi de pouvoirs spéciaux se situe d'ailleurs essentiellement sur le plan du contenu. La loi de pouvoirs spéciaux se distingue de la loi d'habilitation ordinaire principalement en ce que les objectifs à réaliser par les mesures à prendre y sont formulés de manière tellement générale que la détermination même des lignes concrètes de l'objectif à atteindre est laissée, pour une période déterminée, au soin du Roi, généralement avec dispense des procédures de concertation ou d'avis, ce qui équivaut à offrir au Roi la possibilité de fixer, en lieu et place du législateur, les lignes de force qui régissent la politique gouvernementale* »⁹⁵. D'aucuns ont vu dans cet avis de 1988 une interprétation pour le moins extensive de l'article 105 de la Constitution⁹⁶.

La possibilité de modifier l'ordonnancement législatif ne serait donc plus le facteur de démarcation entre habilitation ordinaire et pouvoirs spéciaux⁹⁷. Il est vrai que déjà les avis du Conseil d'État sur les lois de pouvoirs spéciaux du 2 février 1982 et du 6 juillet 1983 n'employaient déjà plus toujours les mêmes critères de distinction. Or, expose judicieusement Franklin Dehousse, « *l'arrêté de pouvoirs spéciaux se caractérise par la juxtaposition relativement rare d'un critère formel, le pouvoir de modifier des textes conservant valeur législative, et d'un critère matériel, l'octroi de larges compétences discrétionnaires au gouvernement. On retrouve ici la traditionnelle distinction entre la compétence (les domaines dans lesquels une institution exerce ses activités) et le pouvoir (les moyens juridiques dont elle dispose pour exercer ses*

⁹⁴ Fort du constat que le Congrès national, par les actuels articles 105 et 108 de la Constitution, souhaitait bien limiter les pouvoirs du Roi, Hugues Dumont, estime inconstitutionnels les pouvoirs spéciaux qu'il définit de la manière suivante : « *La loi de pouvoirs spéciaux est, en effet, une loi par laquelle le pouvoir législatif autorise temporairement le Roi à régler par arrêté royal une ou plusieurs matières qu'il définit, alors que celles-ci relèvent de sa compétence et qu'il n'énonce pas nécessairement lui-même les principes de cette réglementation. L'arrêté royal dit de pouvoirs spéciaux, ou numéroté, est donc habilité à compléter, modifier ou abroger des lois en vigueur* », H. DUMONT, « Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles du pouvoir en droit privé : pour une théorie critique des contrôles de la validité des actes unilatéraux émanant d'un pouvoir public ou privé », in F. RIGAUX et G. HAARSCHER dir., *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story Scientia, 1987, p. 226.

⁹⁵ Avis du 14 juillet 1988 sur le projet de loi de sauvegarde de la compétitivité du pays, Chambre, *Doc. parl.* n° 543/1 (SE 1988), pp. 16-17. L'avis n'a finalement pas considéré qu'il s'agissait de pouvoirs spéciaux.

⁹⁶ J. VANDE LANOTTE, *Inleiding tot het publiek recht*, II, Bruges, La Chartre, 1994, p. 92. Également L. NEELS, « Enkele legistische aspecten van de wet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van 's lands concurrentievermogen », *RW*, 1993-1994, pp. 1447-1453, sur l'incertitude du type de contrôle juridictionnel pesant sur les arrêtés fondés sur cette loi qui, vu la procédure de constatation préalable de menace de la compétitivité par le Parlement qu'elle instaure, peut toutefois difficilement être qualifiée de pouvoirs spéciaux.

⁹⁷ J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht publiek recht*, 3^{ème} éd., Bruges, La Chartre, 2001, p. 138, donnent donc comme exemple privilégié de loi conférant au Roi le pouvoir de modifier les lois sans qu'elle ait consenti pour autant des pouvoirs spéciaux la loi du 6 janvier 1989 *pour la sauvegarde de la compétitivité*.

activités »⁹⁸. Le critère de la différence de degré pris à son compte par le Conseil d'État en 1988 souffre assurément de son caractère indéterminant⁹⁹. D'autant plus que la loi d'habilitation simple, le plus généralement votée pour que l'État se mette en ordre d'exécution de ses obligations internationales, et le plus fréquemment pour transposer des directives européennes, circonscrit beaucoup plus le champ d'action laissé au gouvernement. En effet, même si le nombre de dispositions législatives à adapter pour assurer la conformité du droit interne avec le droit international et européen est parfois imposant, les adaptations requises doivent remplir les objectifs fixés par les directives, lesquels sont souvent plus stricts que ceux fixés par les habilitations plus vagues qui caractérisent les pouvoirs spéciaux¹⁰⁰.

Généralement, on reconnaît les arrêtés de pouvoirs spéciaux à ce qu'ils sont numérotés¹⁰¹. Le procédé devant, en principe, demeurer exceptionnel, sont normalement imposées les conditions suivantes : existence de circonstances exceptionnelles ou de crise¹⁰², délibération obligatoire en Conseil des ministres, durée limitée dans le temps de l'habilitation¹⁰³, loi de confirmation à l'échéance du délai¹⁰⁴, interdiction dans les matières réservées au législateur,... De la pratique des années 1980, sont également ressorties d'autres conditions comme la consultation obligatoire du Conseil d'État sur les arrêtés, leur communication aux chambres législatives ou un rapport du gouvernement sur l'usage qui en a été fait, l'obligation de circonscire précisément les matières pour lesquelles ils sont accordés...

⁹⁸ F. DEHOUSSE, « Pouvoirs spéciaux et changement de régime (II) : l'insertion des pouvoirs spéciaux dans l'évolution du régime parlementaire belge », *JT*, 1985, p. 85.

⁹⁹ Certains auteurs prennent le contre-pied du Conseil d'État en n'hésitant pas à qualifier de pouvoirs spéciaux les habilitations autorisant le Roi à modifier, sous réserve de confirmation législative ultérieure, l'ordonnancement législatif pour transposer des directives européennes (X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, « La régulation en droit public », in B. JADOT et F. OST dir., *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, p. 100).

¹⁰⁰ Le Conseil d'État vérifie quelles dispositions d'un arrêté royal de transposition doivent faire l'objet d'une confirmation législative. Celle-ci s'impose en matière de télécommunications, aux termes de l'article 122, § 3, de la loi EPA si ces dispositions sont de nature législative mais elle n'est pas requise lorsqu'un article de l'arrêté royal s'analyse en une simple mesure d'exécution d'un texte législatif (avis du 11 juillet 2001 sur l'arrêté royal du 5 septembre 2001 adaptant certaines dispositions de la loi EPA à la directive 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, *Moniteur belge*, 6 octobre 2001).

¹⁰¹ Cf. infra. Si la numérotation fut systématique au cours des années 1980, elle n'a plus eu cours durant les opérations de privatisation, ni sous l'empire des trois lois du 26 juillet 1996 et singulièrement de la loi UEM.

¹⁰² Les justifications tirées de la crise économique ou de circonstances exceptionnelles ont parfois bon dos. Si on peut comprendre l'octroi de larges habilitations pour rencontrer les impératifs de l'entrée dans l'Union économique et monétaire ou résoudre la crise de la dioxine, d'autres exemples de recours aux pouvoirs spéciaux laissent plus songeur. On peut douter de la nécessité d'avoir octroyé des pouvoirs spéciaux en ce qui concerne l'OCCH, ce qui fut le cas à plusieurs reprises mais à ce jour sans aucune suite. Voyez également plus haut la remarque sur la finalisation de la privatisation de la CGER au bénéfice du groupe Fortis.

¹⁰³ F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., p. 773 explique que la limitation temporelle de l'habilitation découle de ce que l'article 105 de la Constitution parle de « loi particulière ».

¹⁰⁴ La loi de confirmation d'un arrêté de pouvoirs spéciaux a pour effet la transformation de cet arrêté en loi à partir de sa date d'entrée en vigueur : Cass. 28 février 1986, *Pas.* 1986, I, p. 813.

Mais, d'une part, ces conditions sont rarement intégralement remplies¹⁰⁵ et, d'autre part, les auteurs s'accordent pour estimer, malgré la généralisation de l'obligation des lois de confirmation qui préserve théoriquement le droit d'amendement du législateur qui peut revenir sur une modification législative apportée par un tel arrêté, que le procédé des pouvoirs spéciaux doit demeurer exceptionnel dans une démocratie parlementaire¹⁰⁶, quand certains ne l'estiment pas contraire à la Constitution¹⁰⁷.

Les pouvoirs spéciaux sont d'interprétation restrictive, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être actionnés pour rencontrer d'autres objectifs que ceux fixés par la loi les octroyant¹⁰⁸. Mais une délégation, même libellée en termes généraux, bénéficie néanmoins d'une présomption de conformité à la Constitution¹⁰⁹. En confirmant un arrêté de pouvoirs spéciaux, le législateur considère nécessairement que l'arrêté, réglementaire jusqu'à ce moment, n'excède pas les limites de l'habilitation accordée¹¹⁰. De même, si le Roi indique un mauvais fondement à un arrêté modifiant la législation mais qu'il a été investi par ailleurs de pouvoirs plus larges par une autre loi, l'arrêté ne deviendrait illégal que s'il dépassait l'habilitation la plus large¹¹¹.

Nombreux sont toutefois les cas dans lesquels la section de législation du Conseil d'État a estimé que les habilitations données au Roi étaient beaucoup trop larges dans des matières réservées au pouvoir législatif. Ainsi, lorsque la loi ne définit pas les éléments qui concourent à la détermination de la dette fiscale exigible des contribuables¹¹², lorsqu'une délégation particulièrement exorbitante porte atteinte à la liberté contractuelle et à l'autonomie de la volonté¹¹³, lorsque le Roi entend confier une

¹⁰⁵ A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Anvers, Kluwer, 1995, p. 199. C. Arb. 21 mars 2000, n° 32/2000, B.7.8. a par ailleurs admis au titre des garanties entourant l'octroi des pouvoirs spéciaux par une loi du 8 décembre 1998 portant des dispositions diverses relatives au financement de l'Institut d'expertise vétérinaire la concertation préalable des secteurs concernés par le volet fiscal des mesures projetées par le gouvernement.

¹⁰⁶ Outre R. ERGEC, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 120, également J. VANDE LANOTTE, *Inleiding tot het publiek recht*, II, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁷ Depuis la formulation définitive de leur fondement constitutionnel par la Cour de cassation en 1974, les pouvoirs spéciaux ne sont toutefois plus guère contestés. Cf. toutefois R. OCKRENT, *Les crises constitutionnelles du Pouvoir législatif en Belgique*, Bruxelles, Office de publicité, 1944, pp. 26-34, qui estime les pouvoirs spéciaux contraires à la Constitution même lorsqu'ils interviennent en-dehors des matières réservées au législateur. Également F. DEHOUSSE, *Introduction au droit public*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit, 1995, pp. 425-426 : « L'article 105 de la Constitution permet sans nul doute d'élargir les compétences du gouvernement, mais il est peu probable que les constituants entendaient également lui permettre d'élargir les pouvoirs du gouvernement. »

¹⁰⁸ Cass. 29 janvier 1990, *Pas.* 1990, I, p. 622 ; Cass. 26 juin 1997, *Pas.* 1997, I, p. 302. Ce principe est toutefois largement théorique comme le relevait F. DEHOUSSE, observations sous CE 23 octobre 1985, *De Jonghe, JT*, 1986, p. 200 : « Le juge ne peut dresser des barrières là où le législateur n'en prévoit aucune. »

¹⁰⁹ C. Arb. 7 février 1990, n° 9/90, B.3 et B.4 ; C. Arb. 5 mars 1997, n° 11/97, B.2 ; C. Arb. 18 juillet 1997, n° 54/97, B.4.1.

¹¹⁰ C. Arb. 17 mars 1999, n° 36/99, B.4.5.

¹¹¹ C. Arb. 28 janvier 1999, n° 9/99, B.4.6.

¹¹² Avis du 25 octobre 1995 sur le chapitre IX relatif aux télécommunications d'un avant-projet de loi portant des dispositions financières et diverses, n° L. 24.697/9, à propos du financement du Fonds pour le service universel par la voie de mesures qualifiées d'impôt. Il en va de même en ce qui concerne les redevances (avis du 11 juillet 1994 sur un projet de loi modifiant la loi EPA, Chambre, *Doc. parl.*, 1551-1 (SO 1993-1994), p. 15.

¹¹³ Même avis n° L. 24.697/9.

décision au contrôle des cours et tribunaux alors qu'elle relève du Conseil d'État¹¹⁴, lorsque la loi habilite de manière indéterminée le Roi à instaurer un régime d'amendes administratives¹¹⁵, etc.

La restructuration du secteur public a aussi donné l'occasion à la section de législation du Conseil d'État de se prononcer sur l'étendue générale des habilitations données au Roi. Ainsi, l'article 2, § 1er, al.1, de la loi EPA permettait au Roi de modifier la législation à l'occasion de la passation des premiers contrats de gestion entre l'État et les entreprises publiques autonomes. Dès le départ, le Conseil d'État avait estimé l'habilitation législative excessive parce que trop vague¹¹⁶. Ce qu'il rappela lors de l'examen du contrat de gestion de La Poste¹¹⁷, alors qu'il reprocha plus précisément lors de la mise en œuvre de celui de Belgacom le fait que le Roi voulait transférer à son conseil d'administration certains pouvoirs réglementaires en matière de personnel alors que la loi d'habilitation, soit la loi EPA, prévoyait au contraire une procédure très précise¹¹⁸. Le Conseil d'État stigmatise aussi les projets d'arrêtés qui tentent de profiter des habilitations conférées pour octroyer un pouvoir réglementaire autonome à des organismes non politiquement responsables devant le Parlement¹¹⁹.

Outre ces critiques généralement formulées sur les dépassements d'habilitation, la section de législation du Conseil d'État a spécialement stigmatisé, à propos de l'octroi des pouvoirs spéciaux en matière de privatisation, soit l'absence de nécessité de l'habilitation¹²⁰, soit l'absence de référence suffisante au fondement légal toujours requis¹²¹. Parfois, elle a observé sur le plan légistique que devait apparaître que

¹¹⁴ Avis précité du 4 décembre 1996 sur la Caisse nationale de crédit professionnel.

¹¹⁵ Avis du 22 octobre 1997 sur le projet de loi *modifiant la loi EPA afin d'adapter le cadre réglementaire aux obligations en matière de libre concurrence et d'harmonisation sur le marché des télécommunications découlant des décisions de l'Union européenne*, n° L.26.922/4.

¹¹⁶ Avis du 12 juillet 1990 sur le projet de loi EPA (Chambre, *Doc. parl.*, n° 1287/1 (SO 1989-1990), p. 161), qui n'aperçoit pas en quoi le législateur ne pourrait pas modifier lui-même le statut des organismes d'intérêt public transformables, par la passation du contrat de gestion, en entreprises publiques autonomes.

¹¹⁷ Avis du 5 août 1992 sur le projet d'arrêté royal *portant approbation du premier contrat de gestion conclu entre La Poste et l'État belge*, n° L. 21.718/2/V.

¹¹⁸ Avis précité du 24 juin 1992, n° L. 21.599/9.

¹¹⁹ Avis du 11 décembre 1996 sur un projet d'arrêté royal transposant la Directive 91/440/CE du 29 juillet 1991 *relative au développement des chemins de fer communautaires*, n° L. 25.835/9: « En tant qu'il habilite la SNCB à élaborer des dispositions qui revêtiraient un caractère réglementaire, ce procédé n'est pas constitutionnellement admissible. En effet, un pouvoir réglementaire autonome ne peut être accordé à des organismes qui ne sont pas politiquement responsables devant les chambres législatives ; il faut, à tout le moins, selon la jurisprudence du Conseil d'État, qu'un membre du gouvernement assume la responsabilité politique des règlements pris par ces organismes, par exemple par la technique de l'approbation, pour que les dispositions adoptées aient force obligatoire pour les administrés. ».

¹²⁰ Par exemple l'avis des 23-25 octobre 1995 sur un projet de loi *portant des dispositions fiscales, financières et diverses*, n° L. 24.694/2: « Des dispositions sont présentées comme autonomes alors qu'elles devraient apporter elles-mêmes à la législation existante les modifications pertinentes qui s'en déduisent au lieu d'abandonner ce soin au pouvoir exécutif. »

¹²¹ Ainsi, un avis du 6 avril 1995 sur un projet d'arrêté royal modifiant la loi IPC, n° L. 24.372, reprochait au rapport au Roi de ne pas indiquer le fondement légal requis pour autoriser la CGER-Holding à régler le régime de pension de ses administrateurs. Également l'avis du 12 décembre 1996 sur un projet d'arrêté royal devant modifier la loi IPC en ce qui concerne la SA Crédit agricole, n° L. 25.836/2.

L'objectif de l'arrêté projeté est la privatisation¹²². Le Conseil d'État a également dû faire preuve de vigilance quant au respect des délais de validité des pouvoirs spéciaux¹²³. Fort de la pratique des années 1980 et des limitations des pouvoirs spéciaux à quinze mois maximum par les trois lois du 26 juillet 1996, il a contesté les pouvoirs spéciaux – toujours niés par le gouvernement – accordés «*par anticipation*» pour quatre ans en vue de permettre l'éventuelle mise en bourse de BIAC une fois restructurée¹²⁴.

Un examen plus détaillé de ce que laissait transparaître celui de la chronologie des privatisations confirme que le Conseil d'État vérifie bien quelle est la nature des pouvoirs conférés au Roi et qu'il a formulé en conséquence ses remarques sur les projets de privatisation des gouvernements successifs toujours très rétifs à assumer les demandes de pouvoirs spéciaux lors de leur dépôt au Parlement.

Il semble en effet que, pour le gouvernement, le souci d'éviter la qualification de pouvoirs spéciaux résulte avant tout d'une préoccupation particulière : celle d'éviter la confirmation législative des arrêtés pris dans le domaine des privatisations. Et le manque de précisions de la part du Conseil d'État concernant la question de savoir si les arrêtés pris en vertu de pouvoirs spéciaux doivent être confirmés ou non par une loi à l'expiration de la période d'habilitation rend passablement complexe la réponse y à apporter.

L'épineux problème de la confirmation législative des privatisations

Poser la question du caractère obligatoire ou non de la confirmation législative ne consiste pas seulement à se demander quel est le degré de cohérence politique des pratiques gouvernementales contradictoires. Les conséquences juridiques de la confirmation ou de son absence sont également importantes. Car, selon que l'arrêté

¹²² Avis du 17 mai 1994 sur un projet d'arrêté royal modifiant la loi du 2 avril 1962 *constituant une Société nationale d'investissements et des Sociétés régionales d'investissements*, n° L. 23.327/2, lequel vérifie également que les procédures d'information des autorités communautaires en matière d'aides publiques sont respectées. Par ailleurs, un avis du 12 avril 1999 remis à l'occasion de l'adoption de l'arrêté royal du 28 mai 1999 portant exécution de l'article 15 de la loi du 17 mars 1997 *relative au financement du projet TGV* (*Moniteur belge*, 1^{er} juillet 1999) indiquait que l'arrêté ne pouvait être adopté, la durée d'habilitation des pouvoirs octroyés au Roi par cette dernière loi ayant expiré le 31 juillet 1998. Même si un projet de loi prévoyait sa prorogation, il ne pouvait non plus être adopté à ce moment, à savoir en période de dissolution des Chambres.

¹²³ Dans la foulée de la privatisation de la SNI, le gouvernement fédéral entendait encore maintenir un pouvoir de contrôle dans certaines de ses filiales par le biais d'actions spécifiques. L'avis du 17 mai 1994 sur l'arrêté royal du 10 juin 1994 *instituant au profit de l'État une action spécifique de Synatom* (*Moniteur belge*, 28 juin 1994) relevait que «*si l'État cédait son action spécifique après le 31 juillet 1994, comme le permet le texte en projet, il y aurait violation de l'article 101, §§ 1^{er} et 3, de la loi du 22 juillet 1993. En effet, cette cession remettrait en cause, hors délai, le régime de contrôle, ce qui reviendrait à proroger implicitement les pouvoirs du Roi, contrairement au texte de la loi*».

¹²⁴ Avis du 9 avril 1998 sur le projet de loi portant confirmation de l'arrêté royal du 2 avril 1998 portant réforme des structures de gestion de l'aéroport de Bruxelles-National pris en application de la loi du 19 décembre 1997 *visant à rationaliser la gestion de l'aéroport de Bruxelles-National*, Chambre, *Doc. parl.*, 1513/1 (SO 1997-1998), pp. 8-9.

de pouvoirs spéciaux a été confirmé ou non, il relève soit du contrôle juridictionnel de la Cour d'arbitrage, puisque devenu norme législative¹²⁵, soit du contrôle par voie d'exception devant les juridictions ordinaires et du recours en annulation devant le Conseil d'État, puisque demeurant un acte administratif tant qu'il n'est pas confirmé ou s'il ne doit pas l'être¹²⁶.

La pratique de la confirmation présente l'intérêt d'offrir « *un correctif permettant au législateur de s'approprier a posteriori l'oeuvre de l'exécutif, et partant, de purger celle-ci de son irrégularité* »¹²⁷. Certes, un arrêté de pouvoirs spéciaux qui ne doit pas faire l'objet d'une confirmation législative reste donc théoriquement susceptible du contrôle juridictionnel par voie d'exception et de faire l'objet du recours en annulation devant le Conseil d'État. Ce contrôle est néanmoins singulièrement restreint puisque limité à celui de la conformité de l'arrêté à la Constitution, au droit international à effet direct et à sa loi d'habilitation¹²⁸. Comme l'a posé la Cour d'arbitrage, la confirmation d'un arrêté de pouvoirs spéciaux a pour conséquence que le législateur doit être considéré comme s'étant approprié les matières réglées dans l'arrêté par le pouvoir exécutif ; si celui-ci est vicié, le législateur s'approprie le vice. L'arrêté de pouvoirs spéciaux qui a été confirmé est autant susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation que la loi de confirmation¹²⁹. Par sa confirmation, l'arrêté est devenu lui-même norme législative dès la date de son entrée en vigueur¹³⁰.

Outre sa grande technicité, la résolution de la question de la nécessité ou non de la confirmation est compliquée par l'existence de deux facteurs aux résultats parfois contradictoires : premièrement, l'admission par la jurisprudence du recours aux pou-

¹²⁵ Selon l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 13 février 1992, n° 10/92, B.1 : « *Un arrêté royal pris en vertu d'une loi qui habilite le Roi à modifier, compléter et éventuellement abroger, dans une certaine mesure, des dispositions légales nettement définies constitue un acte du pouvoir exécutif qui est soumis à la censure prévue par l'article 107 (aujourd'hui 159) de la Constitution, et qui est susceptible d'un recours en annulation devant le Conseil d'État. Une loi habilitant le pouvoir exécutif à modifier, dans des circonstances déterminées, des dispositions de nature législative ne confère en effet pas la qualité d'actes législatifs au sens formel aux actes de l'exécutif pris dans le cadre d'une telle habilitation. Par ailleurs, une telle loi d'habilitation ne contient pas une confirmation législative anticipée et implicite des actes pris en exécution de celle-ci. De tels actes ne sont susceptibles d'une censure de la Cour que lorsqu'ils ont fait l'objet d'une loi de confirmation.* » Également C. Arb. 20 janvier 1999, n° 6/99, B.3.

¹²⁶ Cf. P. COENRAETS, « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, n° 1366, 1992, pp. 16-18. Mais si l'arrêté de pouvoirs spéciaux a été confirmé, le Conseil d'État n'est plus compétent pour en connaître (CE 16 mai 2000, n° 87.282, *Derese et Louis*).

¹²⁷ M. UYTENDAELE, *Réflexions sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge, op. cit.*, p. 329. Sur la différence de nature entre les lois de confirmation des arrêtés de pouvoirs spéciaux et les lois de validation d'actes administratifs contestés devant les juridictions : R. ERGEC, « De l'invalidation des 'validations' législatives à l'égalité en matière fiscale », *JT*, 1991, p. 838. La procédure de confirmation étant censée renforcer le contrôle du législateur sur l'exercice du pouvoir consenti au Roi, son caractère rétroactif ne l'apparente pas à une validation législative, même si un recours devant le Conseil d'État sur l'arrêté de pouvoirs spéciaux querellé était pendant, car le législateur en prévoyant dans la loi de pouvoirs spéciaux la confirmation ultérieure s'est expressément réservé la compétence en cause (C. Arb. 28 janvier 1999, n° 9/99, B.6.3.).

¹²⁸ M. UYTENDAELE, *Réflexions sur un système institutionnel paradoxal. Précis de droit public belge, op. cit.*, p. 469, relève qu'« *il serait, en effet, absurde de vérifier leur conformité aux normes législatives qu'ils peuvent précisément, et par essence, abroger, compléter, modifier ou remplacer* ». Selon A. ALEN, *Handboek voor het Belgisch Staatsrecht, op. cit.*, p. 195, l'arrêté de pouvoirs spéciaux peut être modifié par un autre arrêté durant la période que dure l'habilitation mais, une fois celle-ci expirée, uniquement par une loi.

¹²⁹ C. Arb. 8 juin 1988, n° 58, 3.B.1.b. et 3.B.2.b. Le délai de recours devant la Cour à l'encontre des deux normes ne court qu'à partir de la publication de la loi de confirmation (C. Arb. 21 décembre 1988, n° 75, 1.B.5.).

¹³⁰ C. Arb. 17 mars 1999, n° 36/99, B.2.

voirs spéciaux dans des matières réservées au pouvoir législatif dans le domaine de l'organisation du secteur public et, deuxièmement, les pratiques très disparates des gouvernements qui ne se soumettent pas toujours à la confirmation législative quand on s'y attendrait et la suivent quand elle ne s'impose plus en vertu de cette évolution jurisprudentielle.

Malgré une prohibition considérée jusque-là comme générale par la doctrine¹³¹, le Conseil d'État, qui a modifié sa position sur ce point¹³², admet désormais l'octroi de pouvoirs spéciaux dans les matières réservées mais à la condition que ces arrêtés soient confirmés législativement. Moutlt habilitations fort larges et des pouvoirs spéciaux ont ainsi été octroyés en matière fiscale alors que l'article 170 de la Constitution réserve tout ce qui a trait à l'impôt au législateur. La Cour d'arbitrage, saisie d'un recours en annulation portant sur des arrêtés fondés sur la loi UEM accepta de même des pouvoirs spéciaux ayant touché au statut des militaires, théoriquement réservé au législateur par l'article 182 de la Constitution : « *Bien que le législateur ne puisse en principe pas déléguer au Roi l'essentiel d'une compétence que la Constitution lui réserve, il peut cependant, sans violer le principe d'égalité et de non-discrimination, dans des circonstances qui peuvent justifier le recours aux pouvoirs spéciaux, confier au Roi le soin de régler une matière réservée. À cet effet, il est en tout cas requis que le législateur délègue expressément cette compétence et que les arrêtés royaux pris dans le cadre de cette délégation soient soumis, dans un délai raisonnable, au législateur, en vue de leur confirmation.* »¹³³

À suivre donc la section de législation et la Cour d'arbitrage, il serait des cas dans lesquels des arrêtés de pouvoirs spéciaux touchant à l'organisation du secteur public doivent être confirmés législativement. Outre le statut des militaires, on sait aussi que le statut des enseignants, qu'ils relèvent du secteur public ou du secteur privé, ne peut être réglé que par le législateur communautaire en vertu de l'article 24 de la Constitution.

C'est encore pour respecter le domaine réservé du législateur en matière d'organisation des corps de police et éviter la censure de la section d'administration du Conseil d'État que le gouvernement actuellement en place a fait procéder à l'adoption, le 30 mars 2001, d'une modification de l'article 184 de la Constitution. Comme deux imposants arrêtés royaux adoptés le même jour empiétaient manifestement sur cette compétence du législateur pour déterminer les principes essentiels

¹³¹ Par exemple J. VELU dans les pages précitées de son *Droit public*. Ou encore H. BRIBOSIA et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, Namur, La Charte, 1994, pp. 115-116 ; G. CEREXHE, *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 360 et suiv. ; H. DUMONT, « Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles du pouvoir en droit privé... », *op. cit.*, p. 229. G. CEREXHE, « 'Les matières réservées' : une notion de droit constitutionnel ? », *APT*, 1983, pp. 243-257, considère, même si la pratique législative s'en écarte, que les habilitations législatives au pouvoir exécutif sont anticonstitutionnelles dans ces matières. Force est de constater que le Conseil d'État et la Cour d'arbitrage ne s'y opposent plus.

¹³² F. DEHOUSSE, « L'évolution des pouvoirs spéciaux sous Martens VI », *Courrier hebdomadaire*, CRISP, n° 1178, 1987, pp. 15-16.

¹³³ C. Arb., n° 68/99, 17 juin 1999, B.5.3. Faute de délégation expresse par la loi de pouvoirs spéciaux, une loi ne pouvait confirmer postérieurement un arrêté royal pris en vertu de la première et qui avait modifié l'ordonnancement législatif. En effet, la Cour impose le respect cumulatif de ces deux conditions.

du nouveau statut de la police intégrée à deux niveaux, le nouvel article 184 confirme le caractère réservé de la compétence mais permet, par disposition transitoire, la fixation du statut par le Roi pour autant qu'une loi confirme les arrêtés avant le 30 avril 2002¹³⁴. Il est donc certainement des matières d'organisation du secteur public qui, bien qu'appartenant aux matières réservées, doivent faire l'objet d'une confirmation législative lorsqu'elles font l'objet de pouvoirs spéciaux.

Dans les entités fédérées, il semble que ce soit bien l'organisation du secteur public dans son ensemble qui doit faire l'objet d'un traitement législatif¹³⁵. La section de législation du Conseil d'État interprète l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 *de réformes institutionnelles*¹³⁶ en ce sens, par exemple, que le législateur décréte ne peut donner au gouvernement wallon le pouvoir d'autoriser la création de filiales spécialisées par la SRIW sans que cette autorisation ne soit confirmée par le législateur décréte lui-même¹³⁷.

La création, le fonctionnement, la composition, la compétence et le contrôle des organismes d'intérêt public ou des entreprises à participations publiques constituent, en tout cas dans les entités fédérées, une matière réservée au législateur, exception ne pouvant être faite à ce principe que pour les mesures de détail ou de simple exécution¹³⁸.

Néanmoins, en ce qui concerne l'entité fédérale, et exception faite de l'organisation du statut de certains agents publics précités, la création, l'organisation, le financement, la composition, les compétences des organismes d'intérêt public n'ont jamais été élevés à la dignité de matière réservée au pouvoir législatif par la Constitution – pas plus en 1831 que lors des révisions constitutionnelles ultérieures. L'organisation du secteur public fédéral ne constituant dès lors qu'une compétence

¹³⁴ Le tout a été publié au *Moniteur belge*, 31 mars 2001, éd. 3. Le procédé, particulièrement inélegant, vise en fait à pallier l'absence même de délégation par le législateur par voie de pouvoirs spéciaux.

¹³⁵ X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, « La régulation en droit public », *op. cit.*, p. 89.

¹³⁶ Cette disposition n'a pas été modifiée par la dernière loi spéciale du 13 juillet 2001 *portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés* (*Moniteur belge*, 3 août 2001).

¹³⁷ Avis du 24 février 1999 sur un projet de décret portant modification du chapitre V de la loi du 2 avril 1962 *constituant une société nationale d'investissement et ses sociétés régionales d'investissement*, Doc. CRW, (SO 1998-1999), n° 500/1, p. 17. À ce sujet : P. NIHOUL et B. LOMBAERT, « Belgique », in R. ANDERSEN et D. DEOM (dir.), *Droit administratif et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 66-67 qui semblent voir dans cet avis une confirmation du caractère subsidiaire de l'interventionnisme économique public par rapport à l'action des entreprises privées, alors qu'il s'agit avant tout d'une interprétation, manifestement plus restrictive que celle qui prévaut pour l'État fédéral, du principe de légalité qui préside à la répartition des compétences entre pouvoirs législatif et exécutif.

¹³⁸ R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 1998 », *Rev. Bel. Dr. Const.*, 2000, p. 97. Également L. CORNELIS, E. DE KAYSER, D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHÉ, « NV van publiek recht », in S. BAETEN, K. BYTTEBIER et K. LEUS éd., *Onderneming Van Publiek Recht*, Anvers, Maklu, 2000, pp. 109-110. Les pouvoirs spéciaux sont parfaitement envisageables dans les entités fédérées puisque les articles 20 et 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 constituent en le décalque des articles 108 et 105 de la Constitution. Cf. le premier des trois avis du Conseil d'État remis à l'occasion de l'élaboration de l'avant-projet d'ordonnance portant organisation et fonctionnement de la Société de développement régional pour la Région de Bruxelles-capitale (avis du 1^{er} mars 1995, Doc. CRB, (SO 1998-1999, A-309/1, p. 32).

résiduaire du pouvoir législatif¹³⁹, à suivre toujours le Conseil d'État et la Cour d'arbitrage, les pouvoirs spéciaux peuvent non seulement être octroyés dans ce domaine¹⁴⁰ mais ils ne doivent en plus pas donner lieu à confirmation législative. Autrement dit, les arrêtés de pouvoirs spéciaux relatifs aux privatisations ne devraient en principe, aujourd'hui pas plus qu'hier, être soumis à confirmation, à moins qu'ils touchent aux quelques matières réservées.

La pratique désordonnée des confirmations

Mais il y a aussi un deuxième facteur qui interfère avec cette évolution jurisprudentielle, un facteur qui trouve son origine principale dans les projets de privatisation des différents gouvernements depuis 1993 mais auquel la section de législation n'est pas étrangère non plus. L'analyse de la pratique montre que les gouvernements, qu'ils reconnaissent ou non avoir recours à des pouvoirs spéciaux, ont parfois demandé la confirmation des arrêtés pris dans des matières non réservées au pouvoir législatif et d'autres fois passé outre à la recommandation d'en instaurer une dans des matières réservées.

Les auteurs soulignent souvent que les pouvoirs spéciaux octroyés dès 1982 aux gouvernements Martens-Gol l'ont été sous réserve de la condition générale de ratification des arrêtés, en ce compris à propos des compétences non réservées au pouvoir législatif¹⁴¹.

Depuis l'entame des privatisations en 1993, des considérations d'efficacité politique ont presque systématiquement mené à ce qu'aucune confirmation législative ne soit requise par le Parlement. Le gouvernement qui souhaite se voir investi des pouvoirs spéciaux a, on l'a vu à plusieurs reprises plus haut, fréquemment fait des pieds et des mains pour se dédouaner du reproche d'y avoir recours¹⁴². Dans un premier temps cela pouvait politiquement s'expliquer : lorsque les privatisations furent effectivement entamées, les mémoires résonnaient encore de la décennie précédente au

¹³⁹ Cf. toutefois l'avis précité du 30 avril 1998 du Conseil d'État (sur la loi du 19 août 1998 *relative à l'éventuelle cession par la SFP de ses actions dans la CGER*) qui, sans aller jusqu'à affirmer qu'il s'agissait d'une compétence réservée au pouvoir législatif, a recommandé au gouvernement, qui ne l'a pas suivi, de dresser un inventaire exhaustif des lois ayant confié à la CGER diverses missions de service public afin que le législateur puisse décider en connaissance de cause de l'opportunité d'une cessation de ces activités. La section de législation rajouta que si les missions avaient du être confiées à une autre personne morale, le transfert aurait du être nécessairement opéré par voie législative. Cet avis, dont cette dernière assertion n'est pas motivée plus avant, est, semble-t-il, resté isolé.

¹⁴⁰ C'est, par exemple, par voie de pouvoirs spéciaux que furent créés la Commission bancaire ou l'OCCH.

¹⁴¹ F. DEHOUSSE, « L'évolution des pouvoirs spéciaux sous Martens VI », *op. cit.*, p. 8, qui constate cependant la faible portée de la confirmation parlementaire encore qu'elle présente l'avantage de restaurer le débat parlementaire. Également D.-B. FLOOR, « La fin des pouvoirs spéciaux ? », *JP*, n° 105, 17 avril 1987, p. 19 ; E. WILLEMART, *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 111.

¹⁴² P. GLINEUR, « L'arrêté royal n° 55 du 16 juillet 1982 fixant pour 1982 une cotisation spéciale et unique de sécurité sociale est-il conforme à la loi d'habilitation et à la Constitution ? », *JT*, 1983, p. 97.

cours de laquelle les pouvoirs spéciaux étaient devenus le moyen privilégié de gouvernement et la marque de douloureuses politiques d'austérité budgétaire.

Pourtant, l'avis du Conseil d'État sur la première loi de privatisation – celle du 22 juillet 1993 – a ouvertement employé l'expression de pouvoirs spéciaux alors que l'exposé des motifs du projet gouvernemental s'y refusait¹⁴³. Même si un auteur éminent a estimé que cette loi était à ranger parmi les lois d'habilitation ordinaire, encore qu'il relevait que seule existait l'obligation de transmission des arrêtés aux Chambres¹⁴⁴, une lecture attentive des textes montre que le gouvernement n'a pas hésité à employer lui-même cette terminologie lors du lancement de la privatisation de la CGER¹⁴⁵. Et le Conseil d'État l'a tout autant clairement rappelée par la suite¹⁴⁶.

Cette loi, qu'on la qualifie de norme d'habilitation ordinaire ou de pouvoirs spéciaux n'y change d'ailleurs rien, restera comme l'un des exemples les plus flagrants d'habilitation à ce point excessive que le Parlement a radicalement renoncé à exercer ses prérogatives de contrôle sur le gouvernement et a totalement aliéné sa compétence législative, là où étaient de surcroît en jeu les finances de la collectivité et où devait se développer un débat de société fondamental. En effet, la loi du 22 juillet 1993, en rupture avec la pratique généralisée au cours des années 1980, n'a instauré aucun mécanisme de ratification ou de confirmation des arrêtés fondés sur lui. Les prolongements légaux de 1994 et 1995, ainsi que diverses lois ultérieures relatives aux institutions publiques de crédit ont employé les mêmes dispositifs et refusé d'instaurer la confirmation.

L'habitude s'est donc installée subrepticement sans provoquer de débats qui seraient sortis de l'enceinte parlementaire.

C'est d'autant plus étonnant que, alors que l'on pouvait craindre que l'article 3, § 1er, 6° et 7°, de la loi UEM du 26 juillet 1996 aboutisse à la privatisation d'autres pans entiers du secteur public, le gouvernement a multiplié les garanties en s'obligeant, notamment, à se soumettre à confirmation législative. Et ce vis-à-vis de

¹⁴³ Avis du 18 mai 1993 sur un projet de loi portant des dispositions fiscales et financières, Sénat, *Doc. parl.*, (SO 1992-1993), n° 762-1, p. 90. Cet avis précise que les pouvoirs spéciaux ne sont pas autorisés en matière fiscale, sauf à titre exceptionnel et pour mettre fin à des manœuvres spéculatives. En effet, le principe du consentement à l'impôt requiert son adoption par le législateur qui possède ainsi une compétence réservée. Les avis du Conseil sont flottants puisque, après avoir parfois admis les habilitations en matière fiscale, il émet à nouveau des réserves dessus. Recommandant expressément la confirmation législative des arrêtés de pouvoirs spéciaux qui auraient modifié la législation fiscale en vue de restructurer le secteur public du crédit, il n'a pas été suivi non plus.

¹⁴⁴ R. ERGEC, *Introduction au droit public*, op. cit., p. 117.

¹⁴⁵ Outre le rapport au Roi, déjà cité, sur l'arrêté royal du 29 septembre 1993 modifiant la loi IPC pour entamer la privatisation de la CGER, consultez entre autres le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 23 décembre 1996, modifiant en ce qui concerne la CNCP, la loi IPC (*Moniteur belge*, 31 décembre 1996, 3^{ème} éd.) : « (L'article 35 de la loi du 20 décembre 1995 portant des dispositions financières, fiscales et diverses) vous a attribué des pouvoirs spéciaux en vue de la préparation et de la réalisation des cessions prévues à l'article 99 de la loi du 22 juillet 1993 ».

¹⁴⁶ Avis du 28 juin 1994 sur un arrêté royal du 20 juillet 1994 modifiant la loi IPC et organisant l'apport de la participation de l'État dans la SNCI à la CGER-Holding (*Moniteur belge*, 30 juillet 1994), lequel reposait sur l'article 100 de la loi de privatisation : « Dans le bref délai imparti au Conseil d'État, celui-ci n'a pu examiner s'il est possible de prévoir avec suffisamment de précision, dans l'arrêté de pouvoirs spéciaux, les conditions auxquelles les titres de la SNCI pourront faire l'objet d'une cession de la part de la CGER-Holding. »

tous les arrêtés, qu'ils fussent pris sur habilitation ordinaire ou sur pouvoirs spéciaux, puisque la section de législation hésitait sur la portée de certaines dispositions, que ce soit dans les matières réservées au législateur ou non¹⁴⁷. Le gouvernement n'en a pas moins persisté dans son refus d'y voir des pouvoirs spéciaux en ne numérotant pas ses arrêtés alors que le Conseil d'État l'y avait invité à plusieurs reprises¹⁴⁸. Les plaidoiries du gouvernement fédéral devant la Cour d'arbitrage à l'occasion d'un recours en annulation contestant plusieurs dispositions des lois du 26 juillet 1996, dont la loi UEM, ont cependant explicitement reconnu qu'il s'agissait bien de lois octroyant des pouvoirs spéciaux, terminologie utilisée à son tour par la Cour¹⁴⁹.

L'exposé des motifs du projet qui allait devenir la loi du 19 décembre 1997 *visant à rationaliser la gestion de l'aéroport de Bruxelles-National* s'est également longuement expliqué sur la nécessité d'octroyer au Roi de larges délégations et de l'encadrer, en ce compris par une loi de confirmation des arrêtés qu'il ne prévoyait pas initialement, pour rencontrer les observations du Conseil d'État. Mais l'exposé a soigneusement évité une nouvelle fois de parler de pouvoirs spéciaux là où l'avis du 2 juin 1997 déclarait sans détours que « *en raison du nombre potentiellement important des dispositions légales que le Roi sera amené à modifier, compléter, remplacer ou abroger et eu égard à l'indétermination de cette compétence législative, il s'impose, comme il est d'usage dans les lois attribuant des pouvoirs spéciaux au Roi, de prévoir que les arrêtés que le Roi prendra et qui auront un tel objet devront être*

¹⁴⁷ R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 1996 », *Rev. Bel. Dr. Const.*, 1997, pp. 181-187 ont fort bien résumé les avis de la section de législation : 1) des 31 mai et 4 juin 1996 sur la loi du 26 juillet 1996 *portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pension* (Chambre, *Doc. parl.*,), n° 607/1 (SO 1995-1996) 2) du 3 juin 1996 sur la loi du 26 juillet 1996 *visant à réaliser les conditions de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne* (idem, n° 608/1) ; 3) du 31 mai 1996 sur la loi du 26 juillet 1996 *relative à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité* (idem, n° 609/1).

¹⁴⁸ Avis du 30 septembre 1996 sur l'arrêté royal du 18 octobre 1996 portant diverses mesures relatives à la Banque nationale de Belgique (*Moniteur belge*, 15 novembre 1996) ; avis du 21 novembre 1996 sur l'arrêté royal du 19 décembre 1996 *portant des mesures relatives au Fonds d'aide au redressement des communes* (*Moniteur belge*, 25 décembre 1996) : « *L'usage qui s'est créé déjà dans l'entre-deux-guerres, et qui, depuis, a été régulièrement suivi, de numérotter les arrêtés de pouvoirs spéciaux, mérite d'être appliqué aux arrêtés pris en vertu de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne dont le Conseil d'État a admis, dans son avis du 11 juillet 1996, le caractère particulier. En effet, par la numérotation continue des arrêtés, la simple mention de leur numéro et de leur date, permet de les identifier avec une grande sûreté (...). Au demeurant, l'information implicite que fournit la numérotation de l'arrêté – à savoir qu'il s'agit d'un texte apte à modifier immédiatement la loi et promis à une confirmation législative prochaine – est d'une grande utilité pour les justiciables, avertis ainsi des limites dans lesquelles la légalité du dispositif peut être contestée devant les juridictions.* » La numérotation pourrait très bien être exigée en-dehors des pouvoirs spéciaux 'généraux' portant sur une bonne partie de la politique socio-économique. Quand ils sont accordés sur certains dossiers ponctuels, par exemple la privatisation d'une entreprise publique déterminée, les arrêtés requis sont généralement peu nombreux voire uniques. Mais, comme le procédé est susceptible d'être utilisé plusieurs fois au cours de la même législature, pourquoi ne pas quand même requérir leur numérotation continue, formalité certes mais rencontrant aussi le souci d'information du public formulé par le Conseil d'État ?

¹⁴⁹ L'argumentaire du Conseil des ministres est exposé dans le point A.3.3. de l'arrêt n° 18/98 du 18 février 1998 (*Moniteur belge*, 3 avril 1998). L'arrêt a estimé démontrée la nécessité du recours aux pouvoirs spéciaux mais a annulé une partie de la loi UEM en ce que la possibilité du maintien, après leur délai de confirmation, des arrêtés pris en matière fiscale pouvait violer le principe du consentement à l'impôt par le Parlement. Également C. Arb. 17 mars 1999, n° 36/99, B.4.2. qui parle de pouvoirs spéciaux à propos, en tout cas, de l'article 3, § 1^{er}, 2^o et 4^o de la loi UEM ou C. Arb. 1^{er} mars 2001, n° 30/2001, B.5.2.

confirmés par la loi»¹⁵⁰. Une fois de plus, c'est bien le caractère indéterminé du pouvoir de modifier l'ordonnancement législatif, quel que soit l'objectif assigné à son exercice et celui-ci fût-il dûment circonscrit, qui apparaît comme l'élément caractéristique des pouvoirs spéciaux. Dès lors qu'il s'agit d'une habilitation à exercer la fonction législative, cet avis semble conseiller la confirmation législative de manière générale, sans spécifier qu'elle doit s'attacher ou non à des compétences réservées.

Le Conseil d'État a repris à son compte ce passage de l'avis de 1997 à propos de la préparation de la fusion de Belgacom. L'exposé des motifs de la loi du 10 août 2001 se refuse encore à utiliser le terme de pouvoirs spéciaux que le Conseil emploie pourtant. Mais vu la justification du gouvernement selon laquelle la confirmation législative serait une condition résolutoire empêchant la réalisation de l'opération, la section de législation admet qu'elle n'est pas nécessaire¹⁵¹ ! D'un autre côté, le Conseil d'État paraît néanmoins recommander la confirmation en vue de protéger les droits du personnel : *« Si l'article 23 de la Constitution n'exprime pas un principe de légalité comparable à celui que l'on peut déduire, par exemple, de l'article 24, § 5, ou des articles 170 et 172, en matière fiscale, il reste, en tout état de cause, que le législateur ne saurait consentir au Roi dans la matière des droits économiques et sociaux, des pouvoirs illimités, dès lors que la Constitution lui assigne la tâche de les garantir. Il convient donc à tout le moins que la loi détermine les principes de base ou fixe certaines limites dans lesquelles le Roi pourra intervenir dans cette matière. »*¹⁵²

C'est donc après cet avis que le ministre des Télécommunications et des Entreprises et Participations publiques a demandé benoîtement au Parlement d'accorder les pouvoirs (spéciaux) sans soumettre leur exercice à confirmation législative : *« Au cours des négociations concernant des partenariats stratégiques, les partenaires potentiels, généralement des sociétés cotées en bourse, exigent des garanties quant aux engagements pris par Belgacom. Ils ne veulent pas dépendre de procédures législatives de longue durée dont l'issue n'est pas certaine. C'est pourquoi le gouvernement a demandé au Parlement de bien vouloir lui donner procuration pour négocier. Ses interlocuteurs n'ont dès lors plus de raisons d'éprouver des craintes. L'absence jusqu'à présent de pareille procuration a empêché de mener les négociations poussées. Il y a, à l'heure actuelle, au moins quatre partenaires intéressés. Le gouvernement demande également au législateur de faire en sorte qu'il ne doive pas, a posteriori, faire confirmer ses arrêtés par une loi, sans quoi on se retrouvera dans la situation d'insécurité dénoncée. De plus, en cas de confirmation par la loi, le législateur n'a plus aucune possibilité de modifier quoi que ce soit dans les faits. En contrepartie, le ministre s'engage formellement à venir expliquer les projets d'arrêtés royaux au sein des commissions compétentes de la Chambre et du Sénat avant de les soumettre à l'examen du Conseil des ministres. Cette façon de faire permet aux parlementaires de réagir s'ils constatent l'un ou l'autre problème. Les*

¹⁵⁰ Chambre, *Doc. parl.*, n° 1097/1 (SO 1996-1997), p. 11.

¹⁵¹ Avis du 19 juin 2001 sur l'avant-projet de loi relative à Belgacom, Chambre, *Doc. parl.*, 50 1317/001 (SO 2000-2001), p. 9.

¹⁵² La protection des droits économiques et sociaux se situerait alors dans une troisième catégorie de compétences du législateur, ni compétence réservée, ni compétence résiduelle, compétence dont la délégation devrait toutefois donner lieu à confirmation législative des arrêtés de pouvoirs spéciaux. L'audace de la proposition formulée de manière un peu confuse par le Conseil d'État a peut-être fait obstacle à l'usage explicite du terme de compétence réservée. Cet avis peut néanmoins asseoir le rôle nouveau qui pourrait désormais être conféré à la théorie des libertés publiques et des droits fondamentaux en général, dans le domaine des privatisations et restructurations du secteur public en particulier. Voyez plus loin l'examen du caractère d'utilité publique que doivent revêtir par ailleurs les privatisations.

explications du ministre devront toutefois garder un caractère confidentiel. »¹⁵³ En dépit du souhait d'une confirmation partielle formulé par la section de législation, le gouvernement a une nouvelle fois passé outre.

Une partie de la pratique suivie après l'adoption de la loi du 22 juillet 1993, a parfois prévu des lois de confirmation des arrêtés de pouvoirs spéciaux en demeurant ainsi dans la continuité de ceux octroyés au cours des années 1980, que ce soit dans les matières réservées ou non au pouvoir législatif, et ce, même lorsque le gouvernement ne voulait y voir initialement que des lois d'habilitation ordinaires (restructurations du secteur public fondées sur la loi UEM en 1996 et rationalisation de l'aéroport de Bruxelles-National en 1997). On peut dès lors légitimement au moins s'interroger sur la constitutionnalité des modalités de recours aux pouvoirs spéciaux en matière de privatisations que cette loi et ses nombreux clones ont autorisés. Sa constitutionnalité est d'autant plus sujette à caution que la loi de 1993 n'a fixé aucun objectif particulier, ni aucune procédure minimale pour la conduite des opérations, avec tous les inconvénients que cela a emporté dans la pratique proprement dite des privatisations des institutions publiques de crédit et de la SNI. Toutes les dispositions législatives ayant permis la privatisation des institutions publiques de crédit souffrent de la même carence¹⁵⁴.

En fait, les gouvernements, qu'ils assument (avec plus ou moins de bonne grâce dans les années 1980) ou non (lois-cadre de 1996) le caractère de pouvoirs spéciaux des habilitations requises du Parlement, acceptent néanmoins le mécanisme de la confirmation quand il s'agit pour eux de légiférer seuls de manière générale dans le domaine de la politique socio-économique, en ce compris, le cas échéant, quand cette politique générale passerait par des privatisations. Et ce, que les privatisations touchent ou non à des matières réservées au pouvoir législatif. Par contre, s'il s'agit de mener une privatisation ponctuelle, les gouvernements semblent nettement plus rétifs à accepter la confirmation. Celle-ci n'a été organisée qu'une seule fois, lors de la restructuration de l'aéroport. Le Conseil d'État n'a dès lors pas toujours fait montre de la plus grande cohérence non plus, obtenant dans ce dernier cas la confirmation, non pas parce qu'il était atteint à une matière réservée, mais parce que le gouvernement se voyait conférer des pouvoirs de type législatif. Le Conseil revenait ainsi partiellement sur son avis de 1988 mais n'a pas réussi à imposer ses vues lors de la restructuration de Belgacom en 2001.

Il paraît donc difficile de concilier rationnellement les deux facteurs qui viennent d'être évoqués : une jurisprudence constitutionnelle ne demandant la confirmation que s'il est porté atteinte à une matière réservée et une pratique politique la prévoyant parfois même en-dehors des matières réservées. On se demandera s'il n'est malgré

¹⁵³ Exposé du ministre des Télécommunications devant la Commission des Finances et des Affaires économiques du Sénat, rapport de Mr. RAMOUDT, 4 juillet 2001, Sénat, *Doc. parl.*, n° 2-825/3 (SO 2000-2001), pp. 3-4.

¹⁵⁴ En fait, la seule fois où le Conseil d'État n'a pas employé expressément le terme de pouvoirs spéciaux à propos des privatisations des institutions publiques de crédit fut son avis du 31 juillet 1998 sur le projet de loi relatif à l'éventuelle cession par la SFP de ses actions de l'OCCH. Il avait simplement constaté, ce qui revient au même, que « *l'avant-projet de loi est de conception classique, pour ce qui concerne les attributions de pouvoirs au Roi en matière de privatisation* » (Chambre, *Doc. parl.*, 1748/1 (SO 1997-1998)).

tout pas plus idoine de prévoir la confirmation législative dans tous les cas d'habilitation menant à délégation de type législatif dans le but de restaurer, au moins *a posteriori*, le débat parlementaire. C'est au demeurant la situation qui prévaut dans les entités fédérées. En effet, il est généralement admis par la majorité des droits constitutionnels européens que c'est au Parlement, matière réservée ou non, qu'il doit appartenir de décider, et au moins en principe, ce qui relève du secteur public ou du secteur privé. La restructuration en 1997 et 1998 de l'aéroport national (restauration de la majorité publique dans BIAC en vue de son éventuelle re-privatisation ultérieure) montre qu'un nouveau passage devant le Parlement ne fait pas obstacle à son efficacité¹⁵⁵.

¹⁵⁵ De même, un projet de loi déposé le 26 avril 2001 vise à organiser une prise de participation de l'État dans une société anonyme ayant pour objet social principal l'exploitation d'une plate-forme de trading électronique sur le marché secondaire des titres de la dette publique belge et ce, sans prévoir plus avant des délégations de pouvoirs au profit du gouvernement (Chambre, *Doc. parl.*, 50 1221/001).

L'utilité publique du transfert d'activités et d'actifs publics au secteur privé

Il ne suffit pas d'apprécier les privatisations sous l'angle unique de la légalité des délégations consenties au pouvoir exécutif pour les mener à terme. Encore faut-il examiner si les cessions d'actifs et activités publics vers le secteur privé répondent bien à un but légitime d'utilité publique, de procéder en quelque sorte à un contrôle existant dans les opérations exactement inverses que sont les expropriations.

Les objectifs sous-tendant les privatisations sont en effet multiples et connus : restauration de la concurrence, octroi d'avantages complémentaires aux consommateurs par le démantèlement des monopoles publics, création d'un actionnariat populaire et ouverture à la participation au capital des travailleurs, poids des syndicats, inefficacité et lourdeurs administratives, etc.¹⁵⁶ Mais, la Cour des comptes l'a souligné, la justification première des privatisations en Belgique, même si elle dissimule parfois des mutations idéologiques inavouées, ressort avant tout de la logique d'assainissement des finances publiques, exigée par l'entrée dans l'Union économique et monétaire européenne¹⁵⁷.

À côté des attributions spécifiques de la Cour des comptes quant au contrôle de la politique budgétaire de l'État fédéral, l'éventualité d'un contrôle juridictionnel sur l'utilité publique des privatisations paraît, de prime abord, difficilement envisageable. Si on se penche un instant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au respect du droit de propriété – protégé par l'article premier du Premier Protocole de la Convention de Rome du 4 novembre 1950 – qui a eu à se pencher sur la conventionnalité des politiques de nationalisation et de redistribution des propriétés privées, on constate que la Cour européenne reconnaît une très large marge aux États pour apprécier l'utilité publique des mesures de privation et de réglemmentation de l'usage des biens¹⁵⁸. Par symétrie, un contrôle juridictionnel euro-

¹⁵⁶ Par exemple, pour un exposé des arguments *pro* et *contra* les privatisations : H. MATTHIJS, « De overheidsbedrijven : een nieuw management met beheerscontracten of privatiseren », *TBP*, 1997, pp. 307-316.

¹⁵⁷ Cf. notamment J.L. DEMEULEMEESTER, « Dette publique, déficits budgétaires et monnaie unique : les enjeux de 1996 », *L'Année Sociale*, 1996, pp. 44-46.

¹⁵⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *James contre Royaume Uni* du 21 février 1986, *Série A*, n° 98, § 47 : « Éliminer ce que l'on ressent comme des injustices sociales figure parmi les tâches d'un législateur démocratique. Or les sociétés modernes considèrent le logement comme un besoin primordial dont on ne saurait entièrement abandonner la satisfaction aux forces du marché. La marge d'appréciation va assez loin pour englober une législation destinée à assurer en la matière plus de justice sociale, même quand pareille législation s'immisce dans les relations contractuelles entre particuliers et ne confère aucun avantage direct à l'État ni à la collectivité dans son ensemble. » Cf. P. VAN DEN BROEK, « The protection of property rights under European Convention on Human Rights », *Legal Issues on European Integration*, 1986, pp. 79-82. Également W. PEUKERT, « Protection of ownership under Article 1 of the First Protocol to ECHR », *H.R.Law J.*, 1981, pp. 71-73.

péen sur l'utilité publique ou la légitimité du but que poursuivent les privatisations se conçoit donc difficilement. Il est vrai qu'il y a, comme la qualifie J.-F. Flauss, une part de « *spéculation* » dans le souhait de rendre l'article premier du Premier protocole applicable aux privatisations. La question n'en est pas moins d'importance car « *dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole additionnel le but légitime est synonyme de but d'intérêt général ou d'utilité publique. En d'autres termes, l'objectif de la privatisation ne serait plus légitime à partir du moment où cette dernière porterait sur des biens indispensables à l'exercice des activités d'utilité publique ou d'intérêt général de l'État* ». Ceci n'empêchant pas que « *dans presque tous les pays le législateur dispose constitutionnellement d'un large pouvoir d'appréciation pour décider de la ligne de démarcation entre les secteurs public et privé* »¹⁵⁹.

En fait, le Conseil d'État se pose en substance cette question du but légitime d'utilité publique que doivent poursuivre les privatisations et ce, même si les termes de ses interrogations sont différents. Ayant à se pencher sur un avant-projet d'ordonnance du gouvernement bruxellois relativement à la concession du service public du réaménagement du quartier de Bruxelles-Midi, la section de législation a, en effet, estimé ne pas devoir trancher si la tâche confiée à un concessionnaire doit être considérée ou non comme un service public. D'un côté, « *certaines tâches du concessionnaire, telles que la conception et la réalisation d'équipements publics et d'infrastructures ainsi que l'exercice du contrôle sur l'exécution des plans particuliers d'affectation du sol, sont sans nul doute de la compétence de l'autorité* ». Mais « *d'autres tâches relèvent néanmoins du domaine spécifique de l'entreprise privée à savoir les tâches de ceux qu'on appelle l'auteur du projet, le promoteur immobilier, l'agent immobilier* ». Dès lors, c'est « *le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale qui est investi, en cette matière, d'un pouvoir d'appréciation souverain* » et auquel il appartenait de trancher¹⁶⁰. Il n'est effectivement pas douteux que, faute d'indication constitutionnelle spécifique, le pouvoir législatif soit le plus apte à juger de ce qui doit relever ou non du secteur public. Mais pouvoir « *souverain* » signifie-t-il sans limites ?

En effet, Michel Paques relève qu'« *on a qualifié de 'noyau irréductible' de la notion de souveraineté les activités que sont la défense nationale, la police ou la justice que l'État ne pouvait concéder et devait obligatoirement gérer en régie* »¹⁶¹. Or, le Conseil d'État a vertement critiqué à plusieurs reprises cette année des projets visant à privatiser certains départements traditionnellement qualifiés d'autorité. La meilleure illustration en est sans doute un avis, non publié, de la section de législation rendu le 14 janvier 1998 à propos de l'avant-projet de loi relatif au projet ASTRID. Celui-ci visait à la constitution d'une société anonyme de droit public devant développer et exploiter un réseau de radiocommunications pour les services belges de secours et de sécurité et des institutions, sociétés ou associations de droit public ou privé, qui fournissent des services

¹⁵⁹ J.F. FLAUSS, « Les mutations de propriété... », *op. cit.*, p. 230.

¹⁶⁰ Avis du 29 juin 1993, Doc. CRB, A-277/1 (SO 1992-1993), p. 21.

¹⁶¹ M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 44, note 66, qui renvoie à C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1974, p. 242, n° 578. Dans un ordre d'idées comparable, la Commission européenne considère aussi qu'échappent au droit communautaire de la concurrence les services d'intérêt général non économiques comme la sécurité intérieure et extérieure, l'administration de la justice, la conduite des relations extérieures, etc. mais également l'éducation nationale et les régimes de sécurité sociale obligatoires (communication du 20 septembre 2000 sur « Les services d'intérêt général en Europe », COM (2000) 580 final, §§ 28-30).

dans ce domaine. La sévérité et la pertinence de l'avis méritent cette longue citation : « *C'est au législateur qui crée ou qui autorise la création d'une personne de droit public qu'il appartient d'en définir les missions. Confier une mission à une personnalité juridique distincte de l'État a, en effet, pour conséquence de soustraire celle-ci au contrôle que le législateur peut exercer directement sur celle-ci, notamment par le vote des crédits qui lui sont consacrés. L'habilitation très large donnée au Roi de confier d'autres missions à ASTRID 'dans le cadre de la politique de sécurité intérieure de l'État' n'est, dès lors, pas admissible. Plus fondamentalement, la politique de sécurité intérieure est (...) une notion extrêmement large, qui peut recouvrir des missions de police administrative ou de police judiciaire. Il n'apparaît pas acceptable que dans une société démocratique des missions d'une telle importance, susceptibles d'affecter les libertés individuelles des citoyens, puissent être confiées à un organisme qui, bien que soumis à un mécanisme de tutelle, ne serait pas placé directement sous l'autorité d'un ministre responsable devant une assemblée législative. La remarque se justifie, d'autant plus, que l'organisme en question est une société anonyme, forme juridique choisie, selon l'exposé des motifs, parce qu'il s'agit d'une structure souple qui permet une gestion séparée selon des critères commerciaux, et qui permet également d'associer au projet des partenaires financiers ou industriels du secteur privé.* » La conclusion du Conseil d'État s'impose « *si, le choix d'une société anonyme, ouverte à des capitaux privés, peut se justifier tant qu'il s'agit d'exploiter et de commercialiser un réseau de radiocommunications, la participation de cette société à d'autres missions 'dans le cadre de la politique de sécurité intérieure' paraît inconcevable* »¹⁶².

Le projet de loi corrigé par le gouvernement a été soumis à un nouvel avis dans lequel le Conseil d'État a néanmoins recommandé d'instaurer le contrôle de la Cour des comptes sur la subvention de l'État destinée à couvrir les frais engendrés par les missions de service public d'ASTRID et que ces missions soient déterminées par la loi, quitte à ce que leurs modalités d'exécution soient définies par le contrat de gestion. Vu le maintien de la volonté de permettre à des entreprises privées de participer à son capital, il a encore souligné qu'« *il convient de préciser comment seront déterminées les personnes physiques et morales qui seront admises à la constitution du capital social et à son augmentation* »¹⁶³. Certes, la loi du 8 juin 1998 *relative aux radiocommunications des services de secours et de sécurité* prévoit qu'en tout temps la Société fédérale d'investissement et les autres institutions de droit public doivent détenir en tout temps au moins 50% des droits de vote¹⁶⁴. Certes, la moitié des administrateurs au moins doivent être nommés sur proposition délibérée en Conseil des ministres. Certes, la comptabilité est organisée de manière telle que les résultats d'exploitation liés aux missions de service public apparaissent isolément de ceux liés aux éventuelles activités commerciales qui doivent être compatibles avec les premières. Mais il n'en demeure pas moins que les

¹⁶² Avis du 14 janvier 1998 sur un avant-projet de loi relatif au projet ASTRID, n° L.27.168/2, inédit. L. CORNELIS et alii, « De NV van publiek recht », in *Onderneming van publiek recht, op. cit.*, p. 90 ne voient au contraire, sans argumenter plus avant, aucune raison de réserver le statut de société anonyme de droit public aux organismes opérant dans un secteur concurrentiel. La loi du 21 décembre 1998 *portant création de la Coopération technique belge sous la forme d'une société de droit public* (*Moniteur belge* 30 décembre 1998, éd. 3) a remplacé par le même procédé l'ancienne Administration générale de la coopération au développement. Si ses articles 11 et suivants stipulent que l'État doit rester seul détenteur des parts sociales, lesquelles sont incessibles, on constatera qu'il s'agit aussi de donner la forme sociétale à un département d'autorité.

¹⁶³ Avis du 3 février 1998, Chambre, *Doc. parl.*, n° 1435/1 (SO 1997-1998), pp. 18-23.

¹⁶⁴ *Moniteur belge*, 13 juin 1998. Il y a là dérogation au régime commun, comme ce fut le cas pour Belgacom en 1994, instauré par la loi EPA (50% du capital et 75% des droits de vote au moins).

éventuels administrateurs privés, fussent-ils minoritaires, pourront avoir leur mot à dire sur la conduite de la politique de communication des services publics de sécurité puisque la séparation des activités n'est que d'ordre comptable. Et le gouvernement a estimé ne pas devoir suivre la remarque du Conseil d'État : « (...) *cette matière doit être réglée au niveau des statuts de la société et de la convention d'actionnaires. Ainsi, le gouvernement propose de prévoir une clause d'agrément dans les statuts. De manière générale, ASTRID devrait pouvoir accueillir des partenaires industriels ou financiers qui peuvent lui fournir une valeur ajoutée.* »¹⁶⁵

Ceci revient bel et bien à renvoyer à une négociation avec les actionnaires privés, dans un domaine consubstantiel à la souveraineté où le seul recours à la concession s'exposerait déjà à de sévères critiques d'inconstitutionnalité. Les modalités de mise en œuvre du projet ASTRID, et la possible privatisation qu'elles sous-tendent, creusent ainsi une brèche dans un bloc de compétences attachées à la souveraineté étatique que l'on aurait pu croire intangible¹⁶⁶. La légitimité du but d'utilité publique poursuivi ici semble singulièrement faire défaut. Or, la théorie des libertés publiques et des droits fondamentaux nous semble imposer des bornes à des privatisations et autres libéralisations tous azimuts car, comme l'a jugé l'arrêt Costello-Roberts contre Royaume Uni, rendu le 25 mars 1993 par la Cour européenne des droits de l'homme, « *l'État ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers* »¹⁶⁷.

L'utilité publique peut et doit dès lors également constituer un motif de limitation constitutionnelle aux privatisations en Belgique quand celles-ci ne répondent pas à un but légitime, l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'État le 14 janvier 1998 constituant une application d'une théorie semblable à celle des « *services publics constitutionnels* » en France, c'est-à-dire des services ne pouvant en aucun cas faire l'objet de privatisations¹⁶⁸. Le Conseil d'État estime d'ailleurs également, pour prendre un autre exemple, qu'il découle de l'article 22 de la Constitution qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale « *d'une part, que les restrictions au droit à la vie privée constituent une matière que la Constitution a réservée au législateur, et qui ne se prête dès lors pas à des délégations de pouvoir, (et que) d'autre part, le principe constitutionnel a aussi pour conséquence que le législateur ne peut laisser à une personne de droit privé l'appréciation de la balance des intérêts entre les siens propres ou ceux qu'elle défend, et le respect dû à la vie privée des*

¹⁶⁵ Exposé des motifs de la loi du 8 juin 1998, Chambre, *Doc. parl.*, n° 1435/1, p 7.

¹⁶⁶ *Le Matin*, 27 juin 1998, relatant que le gouvernement fédéral avait décidé la veille d'attribuer le marché pour la création du réseau ASTRID au consortium Kreutler-Nokia-Telindus pour la somme de 11 milliards BEF. On notera que l'article 22 de la loi a donc dû être édicté pour assurer la continuité juridique du marché en cours d'attribution par le gouvernement.

¹⁶⁷ Dans le même sens, la décision du Comité des droits de l'homme de l'ONU du 5 mai 1999, com. n° 633/1995, point 13.6. (à propos de la privatisation des accréditations des journalistes auprès du Parlement canadien). Pour de plus amples développements sur la portée de la théorie des libertés publiques dans le domaine des privatisations : D. YERNAULT, « Convention européenne des droits de l'homme et privatisation des services publics : quelle protection des libertés publiques dans le processus de 'libéralisation' ? », in M. DONY éd., *Les services publics et l'Europe : entre concurrence et droits des usagers*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 1997, pp. 55-73.

¹⁶⁸ Cf. la décision précitée du Conseil constitutionnel n° 86-207 DC. La décision du Conseil constitutionnel n° 96-380 DC du 23 juillet 1996 sur le statut de France Telecom a réaffirmé ce principe de l'existence de services publics non privatisables (L. FAVOREU, « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spécial sur « Le service public », pp. 16-17).

personnes concernées par ces traitements »¹⁶⁹. Ce dernier avis avait été remis à l'occasion de la constitution de l'asbl Child Focus, le Centre européen de recherche des enfants disparus créé dans la foulée de la marche blanche.

Le législateur ne peut dès lors, en particulier, se délester des compétences qui sont les siennes en matière de droits fondamentaux, soit l'une des matières qui lui sont réservées en propre par la Constitution. Faute de reconnaissance constitutionnelle expresse d'un principe d'utilité publique qui serait applicable aux aliénations de propriétés et de missions publiques, ceci ne constitue toutefois jamais qu'une lecture, extensive mais logique, du principe général de légalité porté, on l'a vu au chapitre précédent, par l'article 33 de la Constitution¹⁷⁰. Le Conseil d'État, alors qu'il ne s'agissait pas d'effectuer une privatisation au sens strict (par transfert d'actifs au secteur privé) mais au sens large (par adoption de formes plus privées de gestion), a très clairement affirmé lors de la constitution de la Coopération technique belge, dont l'État détient légalement l'intégralité des parts, que « *la création d'un organisme soumis aux règles régissant les sociétés anonymes ne peut être envisagée dont l'objet serait de laisser échapper à la responsabilité ministérielle et au contrôle de la Chambre des représentants les activités relevant de la coopération au développement* »¹⁷¹. En effet, « *il ne paraît pas admissible de confier l'ensemble d'une tâche fondamentale de l'action gouvernementale à une personne morale de droit public soumise au droit commercial* »¹⁷². Le Parlement, comme dans le dossier ASTRID, a pourtant finalement adopté le projet.

¹⁶⁹ Avis L. 26.198/2 du 2 février 1998 et L. 27.599/2 du 8 avril 1998 cités par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 1998 », *Rev. Bel. Dr. Const.*, 2000, p. 62, recensant les critiques adressées aux possibilités de traitement de données à caractère personnel accordées à Child Focus (Centre européen pour enfants disparus et sexuellement exploités).

¹⁷⁰ Pour X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, « La régulation en droit public », *op. cit.*, p. 76, il résulte de l'article 33 de la Constitution « *un principe d'indisponibilité des attributions dévolues aux pouvoirs publics selon lequel les missions de ceux-ci ne peuvent, en tout ou en partie, être déléguées à des personnes dont les activités échappent au contrôle des autorités publiques* ». Une telle interprétation du principe de légalité permet de pallier les insuffisances constitutionnelles quant à la protection de la propriété publique. En effet, celle-ci ne bénéficie pas d'un libellé semblable à celui de l'article 16 de la Constitution qui requiert explicitement qu'une expropriation repose sur un but d'utilité publique. Cette même interprétation permet ainsi d'inscrire le droit public belge dans le mouvement d'autres droits européens qui exigent plus nettement que les privatisations obéissent également à un objectif d'utilité publique.

¹⁷¹ Avis du 24 septembre 1997 sur le projet de loi portant création de la Coopération technique belge sous la forme d'une société de droit public, Chambre, *Doc. parl.*, 1371/1 et 1372/1 (SO 1997-1998), p. 42.

¹⁷² Avis du 4 mai 1998 sur le projet de loi précédent remanié, Chambre, *Doc. parl.*, 1371/5 (SO 1997-1998), p. 3.

La proportionnalité du prix de cession des actifs publics

La nécessité d'une indemnisation adéquate – ou celle du juste prix – résultant du transfert de propriété est consacrée par l'article 16 de la Constitution en ce qui concerne les expropriations, à l'instar du principe d'utilité publique. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait aussi de l'indemnisation des atteintes à la propriété privée un élément essentiel du contrôle de la proportionnalité que doivent présenter les expropriations pour cause d'utilité publique¹⁷³. Cette proportionnalité est-elle également requise dans le schéma inverse, lorsque l'État se déleste de ses propriétés ?

Par comparaison avec le droit constitutionnel français, c'est principalement l'absence d'une obligation de juste et équitable indemnisation des cessions d'actifs publics qui est la marque du silence de la Constitution belge quant au statut de la propriété publique¹⁷⁴. Le seul mécanisme institutionnalisé de détermination du prix de cession est la Commission d'évaluation des actifs de l'État dont la création en 1992 par le ministre des Finances, sur base du pouvoir réglementaire propre que la Constitution reconnaît au Roi, a été évoquée plus haut. Son instauration n'a eu en soi rien d'anticonstitutionnel mais révèle à nouveau le poids de l'exécutif dans les procédures de privatisation, le législateur n'ayant jamais jugé utile d'en élaborer le cadre. La Commission, qui peut établir d'initiative ou à la demande du ministre des Finances la liste des actifs de l'État fédéral susceptibles d'être vendus, établit le prix minimal de cession en-dessous duquel celle-ci ne peut intervenir. Mais ce prix est fixé sur base de critères de référence relevés par elle-même, la Commission n'étant tenue que de prendre en compte la valeur intrinsèque de l'actif, ce qui est bien le moins. L'approbation du ministre est requise quant au prix, à la procédure et aux modalités de vente qu'elle propose. La Commission peut enfin négocier la cession et, si l'actif concerné ne fait pas l'objet d'une offre publique, elle soumet à l'approbation du ministre la liste des acquéreurs potentiels¹⁷⁵. La désignation d'un ministre des Entreprises et Participations publiques par la coalition arc-en-ciel est censée réunifier la gestion des procédures de cession, la Commission d'évaluation ayant été à plusieurs reprises mise sur la touche¹⁷⁶.

¹⁷³ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5^{ème} éd., Paris, PUF, 2001, pp. 324 et suiv.

¹⁷⁴ Sur le principe de l'indemnité juste et équitable des privatisations à la suite de la décision précitée du Conseil constitutionnel français : J.-P. COLSON, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 1995, pp. 46-47 ; A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 1996, p. 242 ; F. SERVOIN, *Droit administratif de l'économie*, Grenoble, PUG, 1996, p. 44.

¹⁷⁵ Article 4 de l'arrêté royal précité du 8 octobre 1992.

¹⁷⁶ H. SPINNEWYN, « Les participations publiques dans le secteur marchand en Belgique », *Planning Paper*, n° 87, Bruxelles, Bureau du Plan, 2000, p. 17. Les textes particuliers recensés plus haut qui furent adoptés pour préparer ou achever la privatisation d'IPC prévoyaient généralement que la cession soit décidée par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur présentation du ministre des Finances après concertation avec les ministres du Budget et des Affaires économiques.

Or, la Cour des comptes a fustigé « *la manière dont le gouvernement a estimé devoir faire évoluer le rôle de la Commission (qui) constitue sans doute une autre conséquence de l'absence de normes et de règles globales strictement définies par le Parlement. La Commission est intervenue activement dans la cession de la participation de l'État dans la SNI. En revanche, elle a été dessaisie, dès mars 1993, des dossiers relatifs à la CGER, à l'INCA et à la CNCP et, en juillet 1994, de ceux relatifs à la SNCI et à l'OCCH. Le relais a été pris par la CGER-Holding, le rôle de la Commission se limitant à contrôler et superviser l'action de cette dernière* ». La Cour des comptes a pointé le caractère très délicat des opérations d'évaluation des entreprises qui repose sur des paramètres propres et une foule d'éléments extrinsèques, sans compter l'éventualité de contraintes sur la poursuite du service public. Et, « *en Belgique, les difficultés d'une juste appréciation de la valeur des participations cédées ont été accentuées du fait de l'absence de normes générales préalablement fixées par le Parlement* »¹⁷⁷. On peut s'étonner de l'absence quasi totale de contrainte pesant sur le pouvoir exécutif surtout lorsque l'on compare les privatisations, par exemple, aux modes de passation des marchés publics de travaux, de services et de fournitures. Quant aux méthodes d'évaluation, tout autant laissées à la discrétion de l'exécutif, le contraste est saisissant si l'on confronte les privatisations aux opérations exactement inverses – expropriations et nationalisations –, voire, pour prendre un cas récent, aux cessions amiables d'actions et d'obligations sollicitées par le gouvernement auprès des partenaires privés majoritaires dans le capital de la société anonyme BATC (Brussels Airport Terminal Company) qu'il entendait transformer en société anonyme de droit public à capital majoritairement public¹⁷⁸. Et ce pour mieux préparer sa future privatisation.

Pour J.-F. Flauss, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article premier du Premier protocole additionnel à la Convention de Rome en matière de privation et de réglementation de la propriété privée peut utilement guider les autorités privatisantes : « *Le recours au principe de proportionnalité, c'est-à-dire l'impératif de 'juste équilibre' signifierait non seulement que les mesures de privatisations devraient être idoines à la réalisation de leur but, mais aussi qu'elles seraient assujetties au respect de la théorie du juste prix.* »¹⁷⁹ Bien qu'aucune indication jurisprudentielle, ni la section de législation, n'abordent la question sous cet angle en droit interne belge, le principe de proportionnalité nous paraît devoir être applicable aux privatisations. Ne s'agit-il pas somme toute, à nouveau, d'une variante du principe de légalité ? D'autant qu'il en va

¹⁷⁷ 152ème Cahier d'observations de la Cour des Comptes, *op. cit.*, pp. 41-42 et 49.

¹⁷⁸ Cf. l'article 5 de la loi précitée du 19 décembre 1997 *visant à rationaliser la gestion de l'aéroport de Bruxelles-National* qui prévoit que le prix de rachat doit correspondre à la valeur intrinsèque des actions, majorée de la valeur de goodwill, déterminée selon une formule de rente abrégée de goodwill, prix à établir par une expertise indépendante. En 1998, c'est le président de l'Institut des réviseurs d'entreprise, et non la Commission d'évaluation, qui eut la mission de fixer la valeur des actions que l'État pourrait introduire en bourse.

¹⁷⁹ J.-F. FLAUSS, « Les mutations de propriété... », *op. cit.*, pp. 229 et 231. Sur le contrôle de proportionnalité entre l'atteinte au droit au respect des biens et la légitimité du but poursuivi par les mesures d'expropriation de personnes privées, contrôle qui implique, en principe, l'octroi d'une indemnité « raisonnable » : L. CONDORELLI, « Premier protocole additionnel. Article premier », in *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 990-994 ; J. DE MEYER, « Le droit de propriété dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale. Mutations et limites d'un droit fondamental*, Louvain-la-Neuve et Bruxelles, Academia et Bruylant, 1995, pp. 72-77 ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 320 et suiv.

du transfert de propriété de biens et entreprises jusque-là créés et gérés au nom et pour compte de la Nation. L'avis n° L. 24.694/2 remis à l'occasion de l'adoption de la loi du 20 décembre 1995 portant dispositions sociales et diverses, prolongement de la loi de privatisation de 1993, a requis à propos de l'obligation du ministre des Finances de présenter à la Chambre un rapport sur les cessions d'actifs que « *pour donner à l'obligation un contour plus précis, il convient que l'exposé des motifs précise les informations minimales que ce rapport devra contenir* ». Or, ce rapport, manifestement conçu comme un pis-aller à l'absence de confirmation législative, n'a jamais fait l'objet d'un quelconque cahier de charges, que ce soit à l'occasion de la privatisation des institutions publiques de crédit ou de l'éventuelle fusion de Belgacom avec un autre opérateur de télécommunications. En outre, les quelques conseils donnés par la Recommandation n° R (93)7 relative à la privatisation d'entreprises et d'activités publiques, adoptée le 18 octobre 1993 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe n'ont, malgré la grande prudence avec laquelle ils ont été formulés, guère été suivis d'effets en Belgique¹⁸⁰.

Les privatisations, dont le système européen des comptes requiert que le fruit soit uniquement affecté à la réduction de la dette publique, ont rapporté de 1993 à début 2000 quelque 224,7 milliards de francs¹⁸¹. Ce n'est certes pas mince et elles ont certainement contribué à l'assainissement des finances publiques. Mais faute de procédure préalable de détermination des prix de cession en amont et de contrôle parlementaire en aval, il n'est guère aisé de conclure à leur caractère inespéré, correct ou manifestement trop bas.

¹⁸⁰ La Recommandation n° (93)7 et son exposé des motifs sont reproduits dans le manuel *L'administration et les personnes privées*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997, pp. 520-532. Au titre de la protection des droits démocratiques des citoyens, avait été adopté ce texte : « *Lorsque l'entreprise à privatiser ou le programme de privatisation revêtent une certaine importance de par leur envergure ou de par le nombre d'entreprises concernées, ou encore en raison de la nature des activités faisant l'objet de la privatisation, les pouvoirs publics devraient veiller à ce que le public dispose des informations permettant l'exercice normal du contrôle démocratique. Ces informations devraient porter sur les motifs et sur les conditions dans lesquelles il sera procédé à cette privatisation. La divulgation de ces informations ne devrait être limitée que dans la mesure où l'intérêt général ou l'existence de secrets garantis par la loi le rendent nécessaire (...)* ».

¹⁸¹ « Les privatisations – Plus qu'une simple cession d'actifs publics », *Courrier économique et financier de KBC*, n° 3/2000, p. 13. De manière générale, la vente à un partenaire privilégié pour des raisons financières et/ou d'apport de savoir-faire a été préférée à la mise en bourse ou d'autres techniques. Il est vrai aussi, le très faible rendement de l'attribution au printemps 2001 des licences d'exploitation de la nouvelle norme de télécommunication (UMTS) est là pour le montrer que la fixation d'un prix plancher ne permet guère d'en espérer beaucoup plus.

Le respect de l'égalité lors de la privatisation

Le quatrième principe constitutionnel potentiellement applicable aux privatisations, celui d'égalité et de non-discrimination, est consacré de la manière la plus générale qui soit par les articles 10 et 11 de la Constitution. Les procédures de privatisation comme toute autre mesure législative ou réglementaire doivent s'y conformer ¹⁸².

Ainsi, en cas de privatisation partielle, le maintien de certaines dérogations au droit commun des sociétés commerciales justifiées par la volonté de maintenir un contrôle gouvernemental sur une institution publique de crédit ne saurait être considéré être en soi comme contraire à l'article 10 de la Constitution ¹⁸³. Par contre, si une dérogation au droit commun des relations collectives de travail se révèle être étrangère à l'organisation d'une banque comme le Crédit Agricole et au réaménagement du secteur public du crédit, le législateur ne saurait être présumé avoir habilité le Roi à prendre ces mesures dérogatoires quand l'arrêté royal projeté n'en établit pas la nécessité ¹⁸⁴. La section de législation a parfois pu se borner à soulever un problème lié au respect du principe d'égalité sans se prononcer ¹⁸⁵ ou renvoyer le législateur à ses responsabilités, comme elle le fit lors de l'installation du cadre légal permettant la consolidation stratégique de Belgacom par l'intermédiaire de la CGER-Holding chargée, avec la garantie de l'État, d'une opération de portage des actions de l'État à transférer, manœuvre interdite en vertu de la prohibition générale des clauses léonines portée par l'article 1855 du Code civil ¹⁸⁶. Ce qui démontre encore que les opérations de privatisation sont menées au cas par cas, en dehors de tout encadrement préalable.

¹⁸² La portée très large du contrôle d'égalité par la Cour d'arbitrage lui permet en fait aussi d'effectuer un contrôle du respect du principe de légalité y compris à l'égard de dispositions constitutionnelles et internationales dont le respect ne lui incombe pas *a priori*. Ce fut le cas à propos d'un arrêté de pouvoirs spéciaux que le gouvernement disait fondé sur la loi UEM de 1996 pour restructurer les forces armées, compétence réservée au législateur par l'article 182 de la Constitution : faute d'habilitation expresse, la délégation dans une compétence réservée violait le principe d'égalité au détriment du droit des militaires de voir leur statut fixé par une assemblée démocratiquement élue (C. Arb. n° 68/99, précité, B.6.2.).

¹⁸³ Avis du 16 mai 1991 sur un amendement au projet de loi IPC, n° L. 20.792/2.

¹⁸⁴ Avis du 12 décembre 1996 sur un projet d'arrêté royal modifiant, en ce qui concerne la SA Crédit Agricole, la loi IPC et la loi du 22 mars 1993 *relative au statut et au contrôle des établissements de crédit*, n° L. 25.836/2. Le régime projeté était susceptible de créer des distorsions de concurrence entre établissements ainsi qu'une rupture d'égalité entre travailleurs.

¹⁸⁵ Avis du 16 novembre 1994 sur un amendement à un projet de loi portant des dispositions sociales et diverses, Sénat, *Doc. parl.*, n° 1218-11 (SO 1994-1995), s'interrogeant sur le bien-fondé, par rapport aux autres entreprises publiques autonomes, de n'autoriser que Belgacom à constituer un fonds de pension pour son personnel statutaire.

¹⁸⁶ Avis du 31 octobre 1994 sur un projet de loi modifiant la loi EPA et la loi IPC, Chambre, *Doc. parl.*, n° 1551/8-93/94 (SO 1994-1995), pp. 16-20.

C'est par ailleurs au terme d'un rapport au Roi fort détaillé, alors qu'il ne l'était pas assez lors de sa présentation à la section de législation, qu'un arrêté royal a dû justifier au regard du principe d'égalité l'instauration d'une limitation à 3% par acquéreur du nombre d'actions cotées en bourse de Distrigaz¹⁸⁷.

Une fois privatisée, une entreprise ne peut voir maintenus les avantages concurrentiels que pouvaient lui conférer son statut antérieur de service public. Le principe de non-discrimination postulait la suppression de la faculté de la CGER d'agréer certaines sociétés de crédit pour la construction d'habitations modestes qui bénéficiaient alors d'un taux réduit d'impôt des sociétés¹⁸⁸. C'est aussi pourquoi, en raison de sa transformation en société anonyme et à l'instar de la règle qui a prévalu dans la préparation des autres institutions publiques de crédit, l'OCCH a dû voir supprimée la garantie de l'État dont il bénéficiait jusque là¹⁸⁹.

La privatisation de la Société nationale de crédit à l'industrie a bien donné lieu à contestations mais elles ne connurent pas de suites juridictionnelles¹⁹⁰. Par contre, la privatisation de la Société nationale d'investissements, au terme d'une procédure particulièrement complexe¹⁹¹, a été déferée à la section d'administration du Conseil d'État. Celui-ci, saisi d'une demande de suspension préalable au recours en annulation contre la décision du gouvernement d'en céder le capital au consortium privé Ackermans-Van Haaren, n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le caractère sérieux des moyens invoqués par un consortium évincé, lequel invoquait la rupture du principe constitutionnel d'égalité. En effet, le consortium requérant n'avait pas apporté la preuve du caractère personnel et direct de son intérêt car son offre de reprise ne contenait pas d'éclairage sur sa capacité financière à souscrire des engagements concrets et ne mentionnait ni ses moyens disponibles, ni le délai de validité de l'offre¹⁹². L'affaire s'arrêta là.

C'était pourtant bel et bien le déficit de transparence de la procédure de privatisation de la SNI, et donc la rupture d'égalité qu'elle induirait pour les candidats-acquéreurs évincés, qui était contesté. Le ministre des Finances avait d'ailleurs dû répondre le 28 octobre 1993 à une série d'interpellations parlementaires à la Chambre. Il se défendit du reproche tenant à l'absence de prospectus, au déficit de la définition des attributions de la Commission d'évaluation des actifs de l'État, etc. en formulant cette remarque avec un rare cynisme : « *Pour ce qui concerne les actions*

¹⁸⁷ Rapport au Roi et avis du Conseil d'État du 28 juin 1994 sur l'arrêté royal du 20 juillet 1994 *relatif à l'acquisition d'actions cotées en bourse de Distrigaz*, *Moniteur belge*, 30 juillet 1994.

¹⁸⁸ Avis du 12 mars 1999 sur l'AR du 23 mars 1999 *abrogeant ou modifiant diverses dispositions relatives à la CGER-Banque et à la CGER-Assurances*, *Moniteur belge*, 30 mars 1999.

¹⁸⁹ Cf. l'exposé des motifs et l'avis du Conseil d'État du 10 juillet 1997 sur le projet de loi abrogeant l'arrêté royal n° 226 du 7 janvier 1936 instituant l'OCCH, Chambre, *Doc. parl.*, 1293/1 (SO 1997-1998).

¹⁹⁰ CH. LEJEUNE, « La réforme des institutions publiques de crédit. Le cheminement d'une privatisation », *op. cit.*, pp. 51 et suiv. ainsi que le recensement des arrêts n° 10/93 du 11 février 1993 (*Moniteur belge*, 3 mars 1993) et n° 71/95 du 9 novembre 1995 (*Moniteur belge*, 27 novembre 1995) de la Cour d'arbitrage quant à la restructuration de la Caisse nationale du crédit professionnel.

¹⁹¹ Le cas SNI est synthétiquement présenté par CH. LEJEUNE, « La réforme... », *op. cit.*, p. 49, note 136.

¹⁹² C.E. 14 juillet 1994, *SA International Ventures Management*, et les commentaires de W. DEVROE, « Kandidaat-kopers van de Nationale Investeringsmaatschappij ongelijk behandeld? », *TRV*, 1995, pp. 309-323.

de la SNI, il n'existe aucune obligation légale de vente publique. A l'article 98 de la loi du 22 juillet 1993, le Parlement a permis au gouvernement de vendre ces actions à n'importe quel acheteur national ou étranger, sans imposer de procédure particulière de vente. Par conséquent, il est trop tard pour évoquer les questions de principe en matière de procédure. »¹⁹³

¹⁹³ L'intervention du ministre des Finances est reproduite dans R. ANDERSEN et D. PHILIPPE, « Les privatisations », *op. cit.*, p. 71.

Conclusions

La Constitution ne réglait presque pas jusqu'ici de manière spécifique les modes d'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique. Elle n'en règle aujourd'hui pas davantage le désengagement. Le pragmatisme qui a toujours prévalu en la matière a mené pendant la phase d'expansion du secteur public économique, financier et industriel à l'élaboration d'un droit public économique caractérisé par l'extrême dispersion des textes qui le composent. Il n'est donc guère étonnant que la phase de réduction du secteur public, amorcée pendant les années 1980, ne connaisse, elle non plus, aucune espèce de législation-cadre qui en fixe au moins les principes directeurs. Le droit belge, quand il ne répond pas d'abord à de simples préoccupations budgétaires, se limite la plupart du temps à mettre en oeuvre les décisions européennes de libéralisation au coup par coup. Sont là pour en attester l'évolution de la loi EPA du 21 mars 1991, continuellement modifiée et ne constituant plus vraiment un cadre uniforme de référence pour le régime des participations de l'État¹⁹⁴, et celle de la loi IPC du 17 juin 1991 dont il reste encore moins dans la loi coordonnée du 24 décembre 1996. La méthode privilégiée pour privatiser fut inaugurée par la loi du 22 juillet 1993.

C'est pourquoi, en tentant d'analyser les principes constitutionnels auxquels sont théoriquement soumises les privatisations, l'accent a d'abord été mis sur le recours systématique aux pouvoirs spéciaux pour les mener à terme. Résultante d'une délégation du pouvoir de légiférer au profit du seul gouvernement, ceux-ci se caractérisent surtout par la faiblesse des balises assignées au pouvoir exécutif. Les autres questions de constitutionnalité des privatisations en découlent inéluctablement.

Quels que soient les partis politiques formant les coalitions gouvernementales depuis 1993, il faut constater que tous ont désormais participé à des privatisations et que tous, pour autant qu'ils soient aux affaires, ont soigneusement évité de reconnaître au grand jour l'usage des pouvoirs spéciaux pour les finaliser. L'organisation législative des privatisations s'est globalement bornée à conférer cette habilitation sans lui fixer aucun principe directeur et sans, la plupart du temps, prévoir une quelconque confirmation par le Parlement. L'absence de confirmation, même si celle-ci n'est plus requise par la Cour d'arbitrage et le Conseil d'État que dans les matières réservées, aura eu pour effet l'absence de tout contrôle parlementaire effectif, et de débat public plus large, sur la légitimité, la légalité et le produit des cessions d'actifs. Loi-cadre, loi d'habilitation ou loi de pouvoirs spéciaux, la qualification importe en définitive peu. La pratique ayant par ailleurs donné lieu aussi à des confirmations de restructurations

¹⁹⁴ En attendant la fusion éventuelle de Belgacom avec un autre opérateur ou la réforme de la SNCB en cours en cette fin 2001, on consultera déjà H. MATTHIJS, « De federale overheidsbedrijven : een analyse van de Wet van 21 maart 1991 », *TBP* 2000, pp. 425-448, qui constate aussi que tous les organismes de régulation des secteurs économiques libéralisés et toutes les sociétés fédérales de droit public ne sont pas régis par cette loi.

du secteur public là où elles n'étaient pas obligatoires, on ne sait en définitive pas si ce qui a valeur de précédent est la privatisation à confirmer ou celle sans confirmation. La généralisation de la pratique des pouvoirs spéciaux en matière de privatisations met de toute façon à mal le principe de légalité et le rôle du Parlement qui a une indéniable propension à se délester de sa fonction de contrôle politique sur les cessions d'activités et actifs publics.

Parlement et gouvernement ont également passé outre aux avis du Conseil d'État qui avait déconseillé l'adoption de formes commerciales de gestion de secteurs d'autorité en contradiction avec le principe d'utilité publique dont la formulation n'est jamais que la conséquence du principe de légalité. L'absence caractérisée d'encadrement législatif des privatisations constitue aussi un risque important pour les candidats-acquéreurs d'actifs publics, prompts à indiquer que la confirmation législative est un frein à leur investissement potentiel mais parfois tout étonnés que l'égalité des procédures laisse à désirer. Quant au principe de proportionnalité dont le respect devrait aboutir à l'indemnisation adéquate de la cession d'actifs publics, il fait figure de maillon le plus faible de la protection constitutionnelle de la propriété publique, étant celui qui a peut être reçu le moins d'attentions de la part du Conseil d'État dont l'ensemble formé par ses divers et très nombreux avis sur les privatisations est sans conteste précieux mais semble souffrir de temps à autres de certaines carences sur le plan de la cohérence.

Paradoxalement, le mouvement de réorganisation du secteur public, influencé aussi par la fédéralisation du pays et la libéralisation menée par les autorités européennes, correspond à la consécration de certains droits fondamentaux économiques, sociaux et culturels par l'article 23 de la Constitution¹⁹⁵. Comme celle qui l'a précédée en 1995, la déclaration de révision de la Constitution de 1999 permet l'instauration du droit du citoyen à un service minimal en matière de poste, de communication et de mobilité¹⁹⁶. Mais cela déboucherait au mieux sur la reconnaissance constitutionnelle dans certains secteurs du service universel (prestation d'un service donné dans des conditions raisonnables sur tout le territoire) mais n'apporterait sans doute pas de surcroît de protection à la propriété publique.

¹⁹⁵ Sur la portée de ces droits malheureusement en quête d'effectivité juridique : P. MARTENS, « Les communes et les droits économiques et sociaux », *Dr. Comm.*, 1996, pp. 206-219.

¹⁹⁶ Les débats en commission de révision de la Constitution et des réformes institutionnelles de la Chambre lors de l'élaboration de la déclaration de révision de 1995, ont montré la volonté de certains parlementaires d'étendre le libellé de la déclaration au droit à un minimum de fourniture d'énergie et d'eau potable. Ce droit est, en effet, porté par divers textes législatifs adoptés par les Communautés et les Régions et peut également découler du nouveau droit constitutionnel à un logement décent comme de la législation organique des centres publics d'aide sociale qui garantit le droit de vivre dans la dignité à toute personne. Par la voix du Premier ministre, le gouvernement a refusé cette extension tout en précisant ceci : « *Les droits dont l'inscription dans la Constitution est envisagée par le gouvernement ont trait à des services dont, jusqu'à présent, le caractère public n'était pas contesté, étant donnée la structure totalement publique des secteurs concernés. À l'heure actuelle, par contre, ces secteurs sont en pleine évolution et la notion de "service universel" est elle-même au centre d'un débat à l'échelon européen* » (Chambre, *Doc. parl.*, n° 1740/4 (SO 1994-1995), pp. 19-21). La déclaration de révision de la Constitution de 1999 prévoit aussi d'adjoindre un alinéa semblable à l'article 23, le Premier ministre ayant cependant indiqué exactement la même chose au cours des débats (rapport de M. DE CLERCK sur le projet de déclaration de révision de la Constitution, Chambre, *Doc. parl.*, 2150/3 (SO 1998-1999), p. 22).

L'absence d'esprit systémique dans le domaine des privatisations n'est pas propre à la Belgique ¹⁹⁷ mais l'information sur les privatisations y a été réduite à sa plus simple expression ¹⁹⁸. La responsabilité du Parlement y est pour beaucoup. Certains estimeront que l'État en revient à de plus justes proportions. D'autres que le pouvoir politique abdique devant le pouvoir économique en se dessaisissant de missions qu'il avait progressivement assumées dans des conditions qui, au demeurant, ne renforcent pas les canons élémentaires de l'État de droit, et qu'en réduisant le champ de ses interventions, il réduit d'autant les matières sur lesquelles les citoyens qu'il représente peuvent encore exercer un semblant de contrôle. Mais l'amoindrissement du rôle de l'État-providence par l'amenuisement de l'interventionnisme public direct (l'État opérateur et entrepreneur) se double également d'un relatif renforcement de l'interventionnisme public indirect par un État régulateur qui se fait plus 'gendarme'. Quoi qu'il en soit, la pratique des pouvoirs spéciaux aura une fois de plus coïncidé avec une phase de crise économique – encore que ce fut pas le cas sous les débuts de la coalition arc-en-ciel. Dans l'entre-deux-guerres, elle avait mené à l'extension de l'interventionnisme économique. Dans les années 1980, à la limitation drastique des dépenses publiques. Depuis 1993, elle a notamment permis d'opérer les privatisations. Les mêmes procédés de gouvernement mènent à des résultats radicalement antinomiques.

16 novembre 2001

¹⁹⁷ E.a. A. BIZAGUET, *Le secteur public et les privatisations*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1992.

¹⁹⁸ Comparez avec certaines expériences étrangères recensées par J. SCHERER, « La privatisation des entreprises publiques : l'impact sur la liberté d'information », in *Les aspects juridiques des privatisations*, *op. cit.*, pp. 103 et suiv. Et aussi, dans le même ouvrage : L.N. DA SILVEIRA, « La privatisation et les droits des citoyens », pp. 165 et suiv.