

# L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État

*Antoine Mayence<sup>1</sup> et Emmanuel Slautsky<sup>2,3</sup>*

<b>Introduction</b> .....	828
<b>1. L'inapplicabilité du nouveau Livre XX du Code de droit économique aux personnes morales de droit public</b> .....	828
<i>1.1. L'applicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes publiques avant l'adoption du Livre XX du Code de droit économique: état de la question</i> .....	829
<i>1.1.1. La commercialité des personnes publiques</i> .....	829
<i>1.1.2. Continuité du service public et faillite des personnes morales de droit public</i> .....	830
<b>1.2. Le nouveau Livre XX du Code de droit économique</b> .....	832
<i>1.2.1. La notion d'entreprise dans le Code de droit économique</i> .....	832
<i>1.2.2. La notion de débiteur dans le Code de droit économique</i> .....	833
<i>1.2.3. La notion de personne morale de droit public dans le Code de droit économique</i> .....	834
<b>2. L'impossibilité de prononcer la faillite des personnes morales de droit public et le droit européen des aides d'État</b> .....	835
<i>2.1. L'interdiction des aides d'État en droit de l'Union européenne</i> .....	835
<i>2.2. Les aides d'État sous la forme de garanties et la mise en cause du statut des EPIC français</i> .....	836
<b>3. La compatibilité de la réforme du droit belge de l'insolvabilité par rapport au droit européen des aides d'État</b> .....	839
<i>3.1. Le droit européen des aides d'État ne concerne que les entreprises</i> .....	840
<i>3.2. Existe-t-il une garantie étatique implicite et illimitée au profit des personnes morales de droit public belges?</i> .....	840
<b>Conclusion</b> .....	842

## RÉSUMÉ

*Lors de la réforme du droit de l'insolvabilité de 2017, le législateur belge a décidé d'exclure l'ensemble des personnes morales de droit public du champ d'application des procédures collectives d'insolvabilité. Ce choix pourrait néanmoins être incompatible avec le droit européen des aides d'État. La Commission européenne estime en effet qu'une entreprise qui n'est pas soumise à de telles procédures de droit commun est susceptible de bénéficier d'une aide sous la forme d'une garantie étatique implicite et illimitée, en violation du droit européen. Cette contribution examine si la réforme de 2017 met en place ou maintient une telle garantie.*

## SAMENVATTING

*Bij de hervorming van het insolventierecht in 2017 heeft de Belgische wetgever besloten om alle publiekrechtelijke rechtspersonen van het toepassingsgebied van de collectieve insolventieprocedures uit te sluiten. Deze keuze zou niet-temin onverenigbaar kunnen zijn met het Europees recht betreffende steunmaatregelen van de staten. De Europese Commissie is inderdaad van mening dat een onderneming die niet aan dergelijke gemeenrechtelijke procedures onderworpen is, staatssteun in de vorm van een impliciete en onbeperkte staatsgarantie zou ontvangen, in strijd met het Europees recht. In deze bijdrage wordt onderzocht of de hervorming van 2017 een dergelijke garantie invoert of handhaaft.*

<sup>1</sup> Assistant chargé de recherches à l'Université libre de Bruxelles (Centre de droit public).  
<sup>2</sup> Chercheur postdoctoral à la KULeuven (Leuven Center for Public Law). Maître d'enseignement à l'Université libre de Bruxelles (Centre de droit public).  
<sup>3</sup> Les auteurs tiennent à remercier Mme Michèle GRÉGOIRE, professeure ordinaire à l'Université libre de Bruxelles et avocate à la Cour de cassation, pour ses relectures attentives et ses suggestions. Les auteurs restent naturellement seuls responsables du contenu de cette contribution.

## INTRODUCTION

Le droit belge de l'insolvabilité a été récemment réformé par une loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique. Entre autres nouveautés, cette loi exclut de manière générale du champ d'application du droit commun de l'insolvabilité les personnes morales de droit public. Par cette exclusion, le législateur tranche une controverse qui existait jusque-là en doctrine autour de la possibilité de prononcer la faillite des personnes morales de droit public. Toutefois, le choix du législateur de 2017 d'exclure l'ensemble des personnes morales de droit public du champ d'application du droit commun de l'insolvabilité pourrait être problématique au regard du droit européen des aides d'État. En effet, la Commission européenne estime que constituer une aide d'État sous la forme d'une garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont la forme juridique exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité. Plus particulièrement, la Commission européenne considère que la non-application à une entreprise du droit commun de la faillite implique, en réalité, que celle-ci bénéficie d'une garantie implicite illimitée de l'État et que cette garantie, qui l'avantage de façon indue, est incompatible avec l'interdiction européenne des aides d'État. Sur cette base, la Commission

européenne a déjà mis en cause le statut juridique de plusieurs grandes entreprises publiques françaises.

Dans la présente contribution, on revient, premièrement, sur l'apport de la réforme du droit de l'insolvabilité de 2017 à la question de l'applicabilité du droit de la faillite aux personnes morales de droit public (1.). On rappelle ensuite brièvement qu'il existe, en droit européen, une interdiction de principe des aides d'État et on examine dans quelle mesure cette interdiction peut entrer en conflit avec l'inapplicabilité du droit commun de la faillite aux personnes publiques. La mise en cause du statut juridique de « La Poste » française par la Commission européenne, dans les années 2000 et 2010, est spécialement étudiée dans ce contexte (2.). Dans la troisième partie de la contribution, on examine si les personnes morales de droit public belges bénéficient d'une garantie implicite illimitée de l'État belge, contraire au droit européen des aides d'État, du fait qu'elles ne sont pas ou plus soumises au droit commun de l'insolvabilité (3.). Il est, à cet égard, soutenu que l'inapplicabilité du droit commun de la faillite aux personnes morales de droit public n'implique sans doute pas, en droit belge, l'existence d'une garantie étatique au profit de ces entités, mais que la question n'apparaît pas tranchée avec certitude et qu'elle mériterait, dès lors, d'être suivie avec plus d'attention qu'elle ne l'a été jusqu'ici.

## 1. L'INAPPLICABILITÉ DU NOUVEAU LIVRE XX DU CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE AUX PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

1. La possibilité de prononcer la faillite des personnes morales de droit public a, pendant longtemps, été une question controversée en droit belge, du moins lorsqu'elle n'était pas tranchée explicitement par le législateur. Tel était uniquement le cas, sur une base *ad hoc*, pour des personnes morales de droit public ou des catégories de personnes morales de droit public déterminées. Pour qualifier une personne morale de personne morale de droit public, en l'absence de qualification législative expresse, la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'État<sup>4</sup> retiennent, généralement, comme

critères de qualification, la création, directe ou indirecte, de la personne morale par une collectivité territoriale, le contrôle de la personne morale par cette collectivité territoriale, l'exercice par la personne morale d'une mission de service public et, enfin, l'applicabilité à la personne morale en question d'un régime juridique ressortissant principalement au droit public<sup>5,6</sup>. Pour apprécier le caractère public ou privé d'une personne morale, c'est donc la technique dite « du faisceau d'indices » qui est mobilisée<sup>7,8</sup>. Cette méthode permet de qualifier un objet juridique au regard d'une caté-

4. Le terme de jurisprudence désigne l'ensemble des avis rendus par la section de législation du Conseil d'État. Ceux-ci sont disponibles en ligne, sur le site du Conseil d'État de Belgique: [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be).

5. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, 2<sup>ième</sup> éd., Bruylant, 2016, p. 453.

6. Avis n° 30.511/4 de la section de législation du Conseil d'État du 13 novembre 2000 sur un avant-projet de décret « portant réforme de la Société wallonne de Distribution d'Eau et instituant une Société wallonne des Eaux », p. 4, aussi publié dans *A.P.T.*, 2000, pp. 293 et s.; avis n° 39.387/VR de la section de législation du Conseil d'État du 11 janvier 2006 sur un avant-projet de décret « reconnaissant l'ASBL 'Abbaye de Villers-la-Ville' d'utilité publique », p. 12.

7. L. VENY et F. VANDENDRIESSCHE, « Het optreden in rechte van publiekrechtelijke rechtspersonen en van rechtspersonen en entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid voor de Raad van State en het Arbitragehof: een *capita selecta* », in W. VAN ECKHOUTTE (dir.), *Rechtspersonenrecht*, Gand, Mys & Breesch, 1999, pp. 179 et 180; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuw insolventierecht*, Bruges, die Keure, 2018, p. 42.

8. Sur cette méthode, voy. D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1990, p. 140; F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen: naar een graduele, meerduidige en evolutieve benadering van het onderscheid in de wetgeving en de rechtspraak*, Bruges, die Keure, 2004, pp. 29-39; D. DE ROY, « Établissements publics, organismes d'intérêt public et *tutti quanti*: la qualification juridique des satellites de l'administration », *R.C.J.B.*, 2013, pp. 51 et s.

gorie juridique en identifiant, relativement à cet objet, un nombre suffisant d'indices permettant le rattachement à ladite catégorie<sup>9</sup>. Les personnes morales de droit public sont aussi qualifiées de services publics organiques<sup>10</sup>. La récente réforme du droit de l'insolvabilité par l'adoption, en 2017, du nouveau Livre XX du Code de droit économique a été l'occasion pour le législateur de prendre position de manière générale sur la question de l'applicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public: les personnes morales de droit public ont toutes été exclues du champ d'application de ce droit commun de l'insolvabilité. On expose ci-après comment la possibilité de prononcer la faillite d'une personne publique était appréhendée avant la réforme du droit de l'insolvabilité par l'adoption du Livre XX du Code de droit économique et les incertitudes qui existaient sur ce point (1.1.). Dans un second temps, on présente l'apport de la réforme sur cette question (1.2.). On précise encore que, par contraste avec la situation des personnes morales de droit public, l'état du droit était, dès avant la réforme de 2017, plus clair en ce qui concerne les sociétés de droit privé à capital public et les personnes privées chargées d'un service public: on considérait que ces entités étaient soumises au droit commun de la faillite et de l'insolvabilité<sup>11</sup>. Tel est toujours le cas après la réforme de 2017. On n'y revient pas dans les développements qui suivent.

### 1.1. L'applicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes publiques avant l'adoption du Livre XX du Code de droit économique: état de la question

2. Avant la réforme du droit de l'insolvabilité intervenue en 2017, un débat existait quant à l'applicabilité du droit commun de la faillite aux personnes morales de droit public, en particulier en l'absence de choix expressément effectué par le législateur. À ce dernier égard, l'inapplicabilité du droit de

la faillite était par exemple prévue, dès avant la réforme, pour les entreprises publiques autonomes, visées par la loi du 21 mars 1991<sup>12,13</sup>. En dehors des prévisions législatives expresses, deux arguments étaient traditionnellement avancés par la doctrine administrativiste et commercialiste pour écarter la possibilité de prononcer la faillite des personnes publiques. Le premier et le plus ancien mettait en doute la possibilité de considérer une personne publique comme étant un commerçant au sens du droit de la faillite (1.1.1.). Le second prenait appui sur le principe de continuité du service public, qui ne pourrait se concilier avec la mise en faillite d'une personne publique chargée, par définition, de prester un service public (1.1.2.). Ces positions traditionnelles étaient néanmoins combattues par une part de plus en plus substantielle de la doctrine.

#### 1.1.1. La commercialité des personnes publiques

3. Le champ d'application *ratione personarum* des législations successives relatives à la faillite a systématiquement été circonscrit – avant la réforme de 2017 – par référence à la notion de commerçant<sup>14</sup>. Seuls ces derniers étaient susceptibles d'être déclarés en faillite, pour autant que leur crédit ait été ébranlé et qu'ils aient cessé leurs paiements<sup>15</sup>. Le commerçant est défini par le Code de commerce comme la personne accomplissant des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en fait sa profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint<sup>16</sup>. Conformément à l'article 3, § 2, du Code des sociétés, la qualité commerciale ou civile d'une personne morale s'apprécie pour sa part, en principe<sup>17</sup>, en ayant égard à son objet social<sup>18</sup>. Si celui-ci porte sur l'accomplissement d'actes de commerce, la personne morale est considérée comme commerçante. Elle était, partant, susceptible d'être mise en faillite. Dans le cas contraire, elle est civile et échappait à une telle procédure.

4. Selon une jurisprudence traditionnelle de la Cour de

<sup>9</sup> D. DE ROY, « Établissements publics, organismes d'intérêt public et *tutti quanti*: la qualification juridique des satellites de l'administration », *R.C.J.B.*, 2013, p. 52.

<sup>10</sup> P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2<sup>ième</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 618.

<sup>11</sup> Pour les sociétés à capitaux publics, voy. J. LE BRUN et D. DÉOM, « L'exécution des créances contre les pouvoirs publics », *J.T.*, 1983, p. 266. L'exemple de la faillite de la SABENA, en 2001, est révélateur à cet égard. Pour les personnes privées chargées d'un service public, voy. A.-M. STRANART et P. GOFFAUX, « L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412bis du Code judiciaire », *J.T.*, 1995, p. 438; R. ERGEC et H. DELWAIDE, « Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite? », *J.T.*, 1995, p. 716; D. D'HOOGHE et P. DE KEYSER, « Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (dir.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2006, p. 370. Voy. aussi P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961, p. 299.

<sup>12</sup> Art. 8 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

<sup>13</sup> D'autres exemples peuvent être donnés: voy. not. art. 2, § 2, al. 3, du décret flamand du 21 décembre 1988 portant création d'une Société flamande terrienne et art. 175.1, § 2, al. 2, du Code wallon du logement et de l'habitat durable.

<sup>14</sup> Pour un retour historique sur le champ d'application des législations successives relatives à l'insolvabilité en Belgique, voy. W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 9-20.

<sup>15</sup> Art. 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

<sup>16</sup> Art. 1<sup>er</sup> C. comm.

<sup>17</sup> Tel n'est pas toujours le cas. La Cour de cassation a par exemple jugé, par un arrêt du 4 octobre 2001, que lorsque les fondateurs ont assigné un objet civil à une société dans le seul but d'éviter une législation d'ordre public – en l'espèce la loi sur les faillites – alors qu'il ressort de leur volonté que l'objet réel de la société est commercial, la société doit être considérée comme commerciale et non civile (Cass., 4 octobre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 642; *Pas.*, 2001, I, p. 1576).

<sup>18</sup> A. AUTENNE et N. THIRION, « L'agent économique: du commerçant à l'entreprise? », in N. THIRION (dir.), *Chronique d'actualités en droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 22.

cassation, les actes commerciaux identifiés par le Code de commerce ne sont que présumés commerciaux, parce que supposés poursuivre un objectif lucratif<sup>19</sup>. Cette présomption peut être renversée s'il est démontré que ces actes ne poursuivent pas un tel but lucratif. Le but de lucre doit s'entendre dans un sens subjectif, à savoir la volonté égoïste de s'enrichir<sup>20</sup>. Il a ainsi été jugé qu'un curé, en exploitant une piscine dans le cadre de son activité pastorale, n'en devient pas pour autant commerçant, à défaut de but de lucre<sup>21</sup>. Cette conception tend à exclure les personnes morales de droit public – chargées d'un service public – du champ de la commercialité: ces personnes publiques sont censées agir toujours dans un but d'intérêt général, plutôt que lucratif<sup>22,23</sup>. En outre, selon une conception traditionnelle, même lorsque la loi répute commerciaux les actes de certaines personnes publiques, cela ne confère pas pour autant la qualité de commerçant à celles-ci<sup>24</sup>. N'étant pas commerçantes, les personnes morales de droit public échappaient dès lors toujours, selon cette conception, au droit de la faillite.

5. Cette exigence jurisprudentielle d'un but de lucre subjectif aux fins de la qualification de commerçant est cependant, depuis longtemps, largement critiquée par une partie de la doctrine, qui souhaite y substituer un critère objectif, à savoir l'examen de l'organisation d'une entité. Il s'agit plus précisément de vérifier si cette organisation tend à dégager des bénéficiaires par la mise en place de méthodes commerciales<sup>25</sup>. La jurisprudence plus récente ne se réfère d'ailleurs pas toujours à la notion de but de lucre subjectif pour apprécier

la commercialité d'une entité, et la rejette même parfois explicitement: un centre public d'action sociale (C.P.A.S.) a par exemple été qualifié de commerçant dans une affaire d'achat groupé de mazout, le critère de l'absence de but de lucre ayant été écarté<sup>26</sup>. Dans cette conception objective, rien ne s'oppose à ce qu'une entreprise publique, organisée dans une optique de rentabilité, soit considérée comme commerçante<sup>27</sup>, et soit donc, le cas échéant, déclarée en faillite. La Cour de cassation ne s'est cependant jamais expressément ralliée à cette conception objective de la notion de commercialité, même si certains avocats généraux y ont fait référence<sup>28</sup>.

6. Toutefois, outre celui de la commercialité ou non des personnes morales de droit public, un deuxième argument était également présenté, avant la réforme de 2017, pour conclure à l'impossibilité de prononcer la faillite de celles-ci: le principe de continuité du service public.

### 1.1.2. Continuité du service public et faillite des personnes morales de droit public

7. La doctrine administrativiste déduit traditionnellement de la loi de continuité du service public l'impossibilité de mettre en faillite les personnes morales de droit public<sup>29</sup>. Selon la loi de continuité du service public – qui s'analyse comme un principe général de droit<sup>30</sup> – une activité répondant à un besoin d'intérêt général et érigée par le législateur,

<sup>19</sup> Cass., 19 janvier 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 492, note W.G.; *R.C.J.B.*, 1974, p. 321, note J. VAN RYN et J. HEENEN. La jurisprudence lie la question de la commercialité et le but lucratif depuis longtemps (Cass., 25 février 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 170; Cass., 30 décembre 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 489; *R.C.J.B.*, 1948, p. 26, note P. DEMEUR).

<sup>20</sup> M. COIPEL, « Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in X, *Les A.S.B.L. Évaluation critique d'un succès*, Gand, 1985, p. 106, où l'auteur mobilise les arrêts Cass., 19 janvier 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 321 et Cass., 12 mars 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 758.

<sup>21</sup> Cass., 19 janvier 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 321, note J. VAN RYN et J. HEENEN.

<sup>22</sup> E. DAUBRESSE, « Des commerçants », *Novelles. Droit commercial*, tome 1, Bruxelles, Edmond Picard, 1931, n° 53, 178 et 266; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome 1, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 19 et 20; R. ERGEC et H. DELWAIDE, « Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite? », *J.T.*, 1995, p. 714 et les références citées; N. THIRION, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER et M. SIMONIS, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 161. Cette conclusion a trouvé une consécration jurisprudentielle ancienne. Voy. Cass., 17 décembre 1903, *Pas.*, 1904, I, p. 83 où on peut lire que toutes les opérations de l'État sont faites en vue de l'intérêt général et ne peuvent, à raison de ce caractère, jamais constituer des actes de commerce et Cass., 12 mars 1931, *Pas.*, 1931, I, p. 119, où la Cour juge qu'une opération faite en vue de l'utilité publique ne peut avoir un caractère commercial.

<sup>23</sup> Sur l'intérêt général comme finalité de l'action administrative, voy. C.E., 27 août 1991, n° 37.538, *Lens*; C.C., 12 mars 2003, n° 32/2003, B.3.

<sup>24</sup> D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1990, p. 429. C'est aussi la solution retenue par la Cour de cassation (Cass., 18 juin 2007, *R.D.C.*, p. 869, Concl. Av. gén. T. WERQUIN, *Pas.*, 2007, I, p. 1255). Il arrive en effet que la loi organique de certaines personnes morales de droit public prévoie explicitement le caractère commercial des actes posés par ces personnes morales de droit public. Voy. p. ex. art. 19, § 3, de l'ordonnance bruxelloise du 20 octobre 2006 établissant un cadre pour la politique de l'eau.

<sup>25</sup> J. HEENEN et J. VAN RYN, « Esprit de lucre et droit commercial » (note sous Cass., 19 janvier 1973), *R.C.J.B.*, 1974, pp. 325 et s.; D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1990, p. 145.

<sup>26</sup> Gand, 29 mars 2010, *M.C.P.-O.O.O.*, 2011, p. 496. Voy. aussi Comm. Bruxelles, 18 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1585.

<sup>27</sup> L. VAN BUNNEN, « La compétence du juge de cessation vis-à-vis des organismes d'intérêt public » (obs. sous Bruxelles, 2 juillet 1987), *J.T.*, 1988, p. 539. Voy. aussi H. OLIVIER, « L'entreprise publique et le droit commercial », *J.T.*, 1976, pp. 537-538.

<sup>28</sup> Voy. entre autres Concl. Av. gén. T. WERQUIN, précédant Cass., 18 juin 2007, *R.D.C.*, 2007, not. p. 871.

<sup>29</sup> P. ORIANNE, « La concurrence entre entreprises publiques et entreprises privées en droit belge », *Rapports belges au X<sup>e</sup> congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 528; J. VELU, *Droit public. Le statut des gouvernants*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 116; D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1990, p. 424; L. VANSNICK et D. RENDERS, « La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes », in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *Le service public. Les lois du service public*, tome 2, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 29; V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « Le principe de continuité du service public », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (coords.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 284.

<sup>30</sup> Cass., 21 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1060; Cass., 28 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 103; Cass., 20 mars 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 766; C.E., 20 octobre 1966, n° 12.034, *De Greef*; C.E., 20 juin 2005, n° 146.260, *Gilbert*; C.C., 7 décembre 1999, n° 130/1999, B.4.

à ce titre, en service public, doit être assurée de manière continue, régulière et sans interruption, conformément à la nature du service public et aux règles qui l'organisent<sup>31</sup>. Une personne publique, chargée par définition d'une telle activité de service public, doit dès lors poursuivre celle-ci de manière continue et, de surcroît, indépendamment des résultats financiers obtenus<sup>32</sup>. Si le principe de continuité du service public s'oppose à la mise en faillite d'une personne publique, c'est parce qu'une procédure de faillite emporte en principe saisie et réalisation des biens du débiteur en vue de désintéresser la masse des créanciers, ce qui peut mettre en danger la continuité du service public dont la personne publique aurait la charge, dès lors que certains de ces biens sont nécessaires au service public. Une procédure de faillite, à la différence de la procédure de réorganisation judiciaire, s'inscrit en outre plutôt dans la perspective de la cessation des activités du failli, ce qui est naturellement susceptible de mettre en cause la continuité du service public. La personne publique ayant été créée par les pouvoirs publics, il n'appartiendrait, en réalité, qu'à ceux-ci de mettre fin à ses activités, et non au juge par le biais de la procédure de faillite.

8. Cette opinion, essentiellement doctrinale, a été reprise à quelques occasions par la jurisprudence. Ainsi, en 1966, le tribunal de première instance de Bruxelles a jugé que « la S.T.I.B. est une personne de droit public créée et contrôlée par le gouvernement pour gérer un service public de transport en commun, personne dont les biens sont insaisissables et à laquelle sont inapplicables les dispositions concernant la faillite »<sup>33</sup>. Plus récemment, en 2003, la cour d'appel de Bruxelles a estimé que « le principe de la continuité du service public rend impossible la mise en faillite des entreprises publiques » et en a déduit que la S.T.I.B. – encore elle – ne pouvait être déclarée en faillite<sup>34</sup>. Au-delà de ces décisions, la jurisprudence restait cependant limitée<sup>35</sup>.

9. Sous le régime antérieur à la réforme du droit de l'insolvabilité de 2017, l'inapplicabilité du droit de la faillite aux personnes publiques, en ce qu'elle aurait été fondée sur le principe de continuité, était, cependant, également fortement critiquée par une partie de la doctrine. Celle-ci dénonçait tout d'abord l'incohérence du champ d'application d'une telle exclusion, qui n'aurait protégé que les personnes morales de droit public – les services publics organiques – et non les personnes privées chargées d'un service public, comme les concessionnaires de services publics. Or, la *ratio legis* traditionnellement mise en avant dans ce contexte pour exclure l'applicabilité du droit de la faillite est la protection d'une activité d'intérêt général, sans que la nature privée ou publique du prestataire ne doive être, à première vue, déterminante de ce point de vue<sup>36</sup>. Ensuite, la doctrine récente s'interrogeait aussi sur l'adéquation de l'impossibilité de prononcer la faillite des personnes publiques avec l'évolution de l'activité économique des pouvoirs publics, qui s'est diversifiée et intensifiée dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Était-il compatible avec le principe d'égalité et avec le droit de la concurrence d'exclure de façon absolue l'application des procédures d'insolvabilité aux entreprises publiques de plus en plus nombreuses, intervenant sur des marchés concurrentiels et empruntant toujours plus ostensiblement les formes et les méthodes du droit privé et du droit commercial? La question était en tout cas posée<sup>37</sup>, et des pistes permettant de concilier le principe de continuité du service public, la marge d'appréciation de l'autorité publique dans ce domaine et l'application du droit de la faillite étaient proposées<sup>38</sup>. L'accent était, enfin, également mis sur le caractère relatif – et non absolu – du principe d'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public, seuls les biens utiles à la continuité du service public étant insaisissables<sup>39</sup>, et, partant, sur la possibilité d'organiser une saisie collective sur les biens saisissables des personnes morales de droit public<sup>40</sup>.

31. J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1970, p. 86.

32. M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 52; D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1990, p. 424.

33. Civ. Bruxelles, 15 novembre 1966, *J.T.*, 1967, p. 80.

34. Bruxelles, 11 juillet 2003, *D.A.O.R.*, 2003, p. 40, spéc. p. 54.

35. Cette impossibilité de mise en faillite d'une personne morale de droit publique a également été mise en avant, bien que de manière moins claire, par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles de 1995 (Bruxelles, 21 septembre 1995, *J.T.*, 1995, p. 719).

36. R. ERGEC et H. DELWAIDE, « Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite? », *J.T.*, 1995, p. 716; B. LOMBAERT, « La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum », in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *Le service public. Les lois du service public*, tome 2, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 63.

37. R. ERGEC et H. DELWAIDE, « Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite? », *J.T.*, 1995, pp. 716 et 717; A.-B. MOURY, « La commercialité des personnes physiques et des personnes morales », in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Actes du 47<sup>e</sup> séminaire C.D.V.A., Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, 1998, pp. 116-118; B. LOMBAERT, « La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum », in H. DUMONT, P. JADOU, B. LOMBAERT, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *Le service public. Les lois du service public*, tome 2, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 63 et 64; V. VUYLSTEKE et S. DE SOMER, « Le principe de continuité du service public », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (coords.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 284 et 285.

38. B. PEETERS, *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1989, pp. 348-349.

39. Art. 1412bis C. jud.

40. R. ERGEC et H. DELWAIDE, « Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite? », *J.T.*, 1995, p. 717.

## 1.2. Le nouveau Livre XX du Code de droit économique

10. La réforme du droit de l'insolvabilité de 2017 a été l'occasion pour le législateur d'adopter, pour la première fois, une position de principe et de portée générale quant à l'applicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public. Par l'adoption du Livre XX du Code de droit économique, le législateur a en effet décidé d'exclure l'ensemble des personnes morales de droit public du champ d'application des différentes procédures liées à l'insolvabilité d'une entreprise, mettant ainsi fin aux incertitudes persistant autour de cette applicabilité. Cette exclusion s'est concrétisée en deux temps: par les définitions légales qui ont été données, d'abord, en 2017, à la notion d'entreprise (1.2.1.) et, ensuite, à celle, propre au Livre XX, donnée en 2018 à la notion de débiteur (1.2.2.). La notion de personne morale de droit public au sens du Livre XX du Code de droit économique correspond, en substance, à celle retenue de manière plus générale par la doctrine et la section de législation du Conseil d'État (1.2.3.).

### 1.2.1. La notion d'entreprise dans le Code de droit économique

11. Dans une large mesure, le Code de droit économique adopté en 2013 définit son champ d'application *ratione personae* en recourant à la notion d'entreprise<sup>41</sup>. Le Code de droit économique comprend, depuis 2017, un Livre XX relatif à l'insolvabilité. Conformément à la logique générale du Code, la notion de commerçant a été remplacée par celle d'entreprise pour définir le champ d'application *ratione personae* du droit de l'insolvabilité<sup>42</sup>. La question de la commercialité des personnes morales de droit public a donc perdu son intérêt dans ce contexte et, pour envisager l'applicabilité du nouveau Livre XX du Code de droit économique aux personnes publiques, il est devenu essentiel de déterminer dans quels cas celles-ci peuvent être qualifiées d'entreprises, au sens du nouveau Code. A cet égard, la définition de la notion d'entreprise a fait l'objet d'une évolution en

trois temps dans le Code de droit économique, qu'il convient de retracer.

12. Premièrement, en 2013, avant, donc, l'adoption du nouveau Livre XX sur l'insolvabilité, le Titre I du Livre I, contenant les définitions applicables à l'ensemble du Code de droit économique, définissait l'entreprise comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations »<sup>43</sup>. Il s'agissait d'une définition fonctionnelle, basée sur l'activité de l'acteur économique. Elle s'inspirait à l'évidence de la définition donnée à l'entreprise en droit européen du marché intérieur<sup>44</sup>.

13. Ensuite, en 2017, lors de l'adoption du nouveau Livre XX du Code de droit économique et concernant spécifiquement ce Livre XX et les procédures d'insolvabilité, le législateur a décidé de s'écarter de la définition générale du Titre I du Livre I, en adoptant une définition de l'entreprise propre au droit de l'insolvabilité. Cette définition était fondée sur un critère formel. Dans sa version initiale, l'article XX.1, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique prévoyait en effet qu'étaient des entreprises soumises aux procédures d'insolvabilité (a) toute personne physique exerçant à titre indépendant une activité professionnelle, (b) toute personne morale et (c) toute autre organisation sans personnalité juridique. L'alinéa suivant disposait cependant qu'échappaient – entre autres – à la qualification d'entreprise « toute personne morale de droit public », ainsi qu'une énumération d'entités, à savoir l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale<sup>45</sup>. Ces entités ont, en règle, pour particularité de disposer d'organes d'administration directement et démocratiquement élus<sup>46</sup>. Pour la première fois dans l'histoire des législations relatives à la faillite en Belgique, le sort de l'ensemble des personnes publiques était donc expressément réglé par le législateur, et ce par une exclusion

41. I. VEROUSTRATE, « La genèse et les lignes directrices de la réforme », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 18.

42. Voy. le projet de loi portant réforme du droit des entreprises, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2828/1, p. 9, où le législateur signale que la notion d'entreprise a vocation à remplacer celle de commerçant.

43. Art. I.1 CDE, inséré par l'art. 2 de la loi du 7 novembre 2013 portant insertion du Titre I<sup>er</sup> « Définitions générales » dans le Livre I<sup>er</sup> « Définitions » du Code de droit économique (entretiens remplacé par l'art. 35 de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises).

44. Voy. n° 21, *infra*.

45. Cette énumération limitative était cependant, comme le soulignait le Conseil d'État, inutile dès lors que toutes ces entités sont indubitablement des personnes morales de droit public (projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I<sup>er</sup> du Code de droit économique, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2407/1, p. 286).

46. Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I<sup>er</sup> du Code de droit économique, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2407/1, p. 29. Les mêmes entités avaient été exclues du champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales, sur la base d'une justification identique, ce qui avait été accepté par la Cour constitutionnelle (C.C., 10 juillet 2002, n° 128/2002, B.7.5. et 7.6.). La responsabilité pénale des personnes morales de droit public n'est, cependant, désormais plus exclue, conformément à la loi du 11 juillet 2018 modifiant le Code pénal et le Titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales.

du champ d'application du Livre XX. Les travaux préparatoires justifiaient un tel choix par « les garanties qu'offre le droit public quant à ces personnes morales » et par l'impact démesuré de l'application des procédures d'insolvabilité sur le fonctionnement de l'autorité<sup>47</sup>. Répondant à une question concernant l'exclusion d'entreprises publiques comme la SNCB de la notion d'entreprise, le ministre de la Justice a également précisé qu'elle était le fruit d'une longue et mûre réflexion et qu'elle était liée à l'immunité d'exécution dont bénéficient également ces personnes morales de droit public en vertu de l'article 1412*bis* du Code judiciaire<sup>48</sup>.

14. Dans un troisième temps, en 2018, le législateur a décidé de revoir le champ d'application du Code de droit économique, en reprenant la définition de l'entreprise propre au Livre XX comme définition générale, applicable à l'ensemble du code. Cette modification a été motivée par des impératifs de sécurité juridique, auxquels répondrait mieux la définition formelle de l'entreprise du Livre XX que celle initialement retenue<sup>49</sup>. Cette reprise de la définition du Livre XX s'est cependant accompagnée de quelques modifications. Ainsi, la nouvelle définition générale de l'entreprise précise désormais que seules les personnes morales de droit public qui ne proposent pas de biens ou de services sur un marché ne sont pas des entreprises<sup>50</sup>. Cette adaptation a été justifiée par l'idée que « dès lors qu'elles participent à la vie économique et qu'elles entrent en concurrence avec les acteurs de droit privé, il est raisonnable [que les personnes morales de droit public] soient soumises par principe aux mêmes règles que les entreprises de droit privé »<sup>51</sup>. Néanmoins, par exception, les personnes morales dont les organes sont élus et qui sont énumérées limitativement restent hors du champ de l'entreprise<sup>52</sup>, qu'elles offrent ou non des biens ou services sur un marché<sup>53</sup>. Les travaux préparatoires justifient cette solution par la gestion selon « les règles du droit public » qui caractérise ces entités<sup>54</sup>. Enfin, aux termes de l'article I.22., 7°/1, du Code de droit économique, la notion d'entreprise retenue pour

l'application du Livre XX ne diffère pas de cette nouvelle définition générale<sup>55</sup>.

15. A la suite de ces modifications intervenues en 2018, la personne morale de droit public est donc désormais considérée comme une entreprise si elle offre des biens ou des services sur un marché, tant pour ce qui concerne la définition transversale de l'entreprise que pour l'application du Livre XX du Code de droit économique. Par exception, toutefois, les personnes morales de droit public énumérées à l'article I.1, 1°, alinéa 2, (c), du Code de droit économique – c'est-à-dire, pour l'essentiel, celles dont les organes sont élus – échappent à la définition de l'entreprise et, partant, au champ d'application du Code de droit économique et du droit de l'insolvabilité. Cette redéfinition du champ d'application du Livre XX du Code de droit économique marque, en apparence, une rupture partielle avec l'option initialement adoptée par le législateur, en 2017, d'exclure toutes les personnes morales de droit public du champ d'application des procédures d'insolvabilité: les personnes morales de droit public offrant des biens ou des services sur un marché sont, en effet, à première vue, susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Cette rupture n'est toutefois qu'apparente, dès lors que l'exclusion générale des personnes morales de droit public du droit commun de l'insolvabilité ressurgit par un autre biais, à savoir au travers de la définition donnée à la notion de débiteur.

### 1.2.2. La notion de débiteur dans le Code de droit économique

16. En même temps qu'il incluait, en 2018, dans le champ d'application du Livre XX du Code de droit économique les personnes morales de droit public offrant des biens ou des services sur un marché, le législateur modifiait également la définition d'un autre terme clé du Livre XX, à savoir celui de « débiteur ». Selon l'article XX.99 du Code de droit écono-

47. Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I<sup>er</sup> du Code de droit économique, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2407/1, p. 28.

48. Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I<sup>er</sup> du Code de droit économique, rapport fait au nom de la Commission de droit commercial et économique, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2407/4, p. 30.

49. Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2828/1, pp. 6 et 10. La section de législation du Conseil d'État a cependant souligné que de nombreux livres du Code de droit économique soit adoptaient une définition particulière de l'entreprise, soit se réfèrent à un autre concept pour leur application, de telle sorte que le champ d'application *rationae personae* du Code de droit économique n'était pas défini de manière uniforme, ce qui était, en tout état de cause, de nature à nuire à la sécurité juridique (projet de loi portant réforme du droit des entreprises, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2828/1, pp. 150-152).

50. Art. I.1, 1°, al. 2, b), CDE. Le changement est d'ailleurs souligné par la section de législation dans son avis (projet de loi portant réforme du droit des entreprises, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2828/1, p. 151, note 12).

51. Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2828/1, p. 12.

52. Il s'agit de l'État fédéral, des régions, des communautés, des provinces, des zones de secours, des prézones, de l'agglomération bruxelloise, des communes, des zones pluricomunales, des organes territoriaux intracommunales, de la Commission communautaire française, de la Commission communautaire flamande, de la Commission communautaire commune et des centres publics d'action sociale (art. I.1, 1°, al. 2, (c), CDE).

53. D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuw insolventierecht*, Bruges, die Keure, 2018, p. 42.

54. Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2828/1, p. 12.

55. Ce renvoi a d'ailleurs été préconisé par le Conseil d'État dans son avis (projet de loi portant réforme du droit des entreprises, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2828/1, p. 152).

mique, pour être en état de faillite, il faut avoir la qualité de débiteur: selon cette disposition, c'est le débiteur qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé qui se trouve en état de faillite. Or, si, lors de l'insertion en 2017 du Livre XX, le débiteur était purement et simplement assimilé à l'entreprise, le législateur a opéré un changement d'importance lors de la réforme de 2018, en ajoutant que ne peut être considérée comme « débiteur » toute « personne morale de droit public »<sup>56</sup>. Par ce procédé, le législateur a donc maintenu le principe selon lequel aucune personne morale de droit public ne peut faire l'objet d'une procédure de faillite, y compris celles qui offriraient des biens ou des services sur un marché et qui seraient, par tant, susceptibles d'être qualifiées d'entreprises aux fins de l'application du Code de droit économique et de son Livre XX<sup>57,58</sup>. Par cette pirouette légistique, la solution retenue en 2017 d'exclusion explicitement, pour la première fois, l'ensemble des personnes morales de droit public du droit commun de l'insolvabilité a ainsi été confirmée en 2018<sup>59</sup>.

### 1.2.3. La notion de personne morale de droit public dans le Code de droit économique

17. S'il est prévu par le Code de droit économique que les personnes morales de droit public ne peuvent pas être considérées comme des débiteurs et ne peuvent dès lors pas faire l'objet d'une procédure de faillite, encore faut-il s'interroger sur la portée de la notion de personne morale de droit public au sens de ce code. Selon les travaux préparatoires du Livre XX, le terme doit recevoir la même interprétation que celle donnée à la même notion dans le cadre de l'article 1412bis du Code judiciaire, prévoyant l'insaisissabilité relative des biens des personnes morales de droit public<sup>60,61</sup>. On rappelle donc ci-après la portée que reçoit la notion de personne

morale de droit public dans le contexte de l'article 1412bis du Code judiciaire.

Les travaux préparatoires de l'article 1412bis du Code judiciaire ne permettent pas d'en éclairer la portée<sup>62</sup>. On considère cependant, premièrement, que la qualité de personne morale de droit public est acquise lorsque le législateur a expressément ainsi qualifié l'entité en question<sup>63</sup>. En dehors de ces cas, ensuite, c'est surtout au juge et, principalement, au juge des saisies qu'il est revenu de déterminer les contours de la notion. Il a, dans ce contexte, été jugé qu'il était incontestable qu'un C.P.A.S.<sup>64</sup>, qu'une fabrique d'église<sup>65</sup>, que la Société régionale wallonne du logement<sup>66</sup> ou encore qu'une intercommunale<sup>67</sup>, étaient des personnes morales de droit public au sens de l'article 1412bis du Code judiciaire. Le juge des saisies de Bruxelles a, pour sa part, identifié certains critères généraux permettant d'établir la qualification de personne morale de droit public. Il s'agit de l'un des rares jugements qui a cherché à définir de manière abstraite la notion de personne morale de droit public au sens de l'article 1412bis du Code judiciaire. Selon la juridiction bruxelloise, la personne morale de droit public est constituée par les autorités, en vue de satisfaire des besoins collectifs et dispose, à cette fin, de prérogatives particulières. Sur cette base, le juge des saisies a décidé qu'une école de l'enseignement libre ne constitue pas un service public organique et ne peut, à ce titre, pas se prévaloir de la protection de l'article 1412bis du Code judiciaire<sup>68</sup>.

18. Cette définition de la personne morale de droit public dans le contexte de l'article 1412bis du Code judiciaire s'inspire des éléments traditionnellement utilisés, en l'absence de qualification législative expresse, pour qualifier une entité de personne morale de droit public en dehors du champ d'application de l'article 1412bis du Code judiciaire<sup>69</sup>. Ces éléments

56. Art. I.22, 8°, CDE, tel que modifié par l'art. 48 de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises.

57. Ce que les travaux préparatoires de la loi paraissent confirmer, dès lors qu'on y lit que la modification de la notion de débiteur permet de maintenir un champ d'application identique pour le Livre XX que sous l'empire de la loi du 11 août 2017 insérant le Livre XX (projet de loi portant réforme du droit des entreprises, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2828/1, p. 7).

58. M. VANMEENEN et I. VAN DE PLAS, « Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd? », *R.D.C.*, 2018, p. 220; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuw insolventierecht*, Bruges, die Keure, 2018, p. 41.

59. Pour une critique de cette exclusion, voy. D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuw insolventierecht*, Bruges, die Keure, 2018, pp. 44 et 45.

60. Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I<sup>er</sup> du Code de droit économique, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2407/1, p. 28.

61. I. VEROUGSTRATE, « La genèse et les lignes directrices de la réforme », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 20; D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuw insolventierecht*, Bruges, die Keure, 2018, p. 41.

62. L'auteur de la proposition de loi à l'origine de l'art. 1412bis du Code judiciaire s'est contenté de préciser que la disposition ne modifiait pas la situation antérieure et que la notion de « personne morale de droit public » a été utilisée pour viser le plus d'entités publiques possibles (proposition de loi insérant un art. 1412bis dans le Code judiciaire, rapport fait au nom de la Commission Justice, *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 213/2, p. 12).

63. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 454.

64. Civ. Verviers (sais.), 12 janvier 1996, *R.R.D.*, 1996, p. 309.

65. Civ. Namur (sais.), 26 septembre 2008, *Rev. not. belge*, 2009, p. 803.

66. Civ. Bruxelles (sais.), 7 mars 1996, *R.D.J.P.*, 1996, p. 162; Bruxelles, 3 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1239.

67. Civ. Liège (sais.), 28 avril 2014, *Ius & Actores*, 2014, p. 111.

68. Civ. Bruxelles (sais.), 16 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 924.

69. D. DE ROY, « Établissements publics, organismes d'intérêt public et *tutti quanti*: la qualification juridique des satellites de l'administration », *R.C.J.B.*, 2013, p. 74 (cette approche est critiquée par l'auteur).

ont déjà été exposés. Pour rappel, la doctrine et la législation du Conseil d'État retiennent, généralement, comme critères de qualification la création, directe ou indirecte, de la personne morale par une collectivité territoriale, le contrôle de

la personne morale par cette collectivité territoriale, l'exercice par la personne morale d'une mission de service public et enfin un régime juridique ressortissant principalement du droit public<sup>70</sup>.

## 2. L'IMPOSSIBILITÉ DE PRONONCER LA FAILLITE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC ET LE DROIT EUROPÉEN DES AIDES D'ÉTAT

19. On vient d'exposer que la récente réforme du droit belge de la faillite avait eu notamment pour conséquence d'exclure, pour la première fois de manière expresse et générale, l'applicabilité des procédures d'insolvabilité aux personnes morales de droit public. Jusque-là, cette exclusion découlait soit de leur absence de commercialité ou de l'application du principe général de continuité du service public – mais elle était contestée –, soit, pour certaines entités, de dispositions légales spécifiques. Cette soustraction générale des personnes morales de droit public du champ d'application du droit de l'insolvabilité est toutefois susceptible de poser question au regard du droit européen des aides d'État. Elle pourrait, en effet, traduire l'existence d'une garantie étatique, qui avantagerait les personnes morales de droit public actives sur le marché d'une manière incompatible avec le droit européen. La deuxième partie de cette contribution est l'occasion de rappeler la position du problème telle qu'elle se présente en droit européen. Pour ce faire, on rappelle d'abord brièvement qu'il existe, en droit européen, une interdiction de principe des aides d'État et que celle-ci vise également les aides octroyées aux entreprises publiques (2.1.). On expose ensuite que l'interdiction des aides d'État vise aussi les aides apportées par les pouvoirs publics sous la forme de garanties. Or, la Commission européenne considère que l'impossibilité de prononcer la faillite d'une entreprise est assimilable à une aide d'État sous la forme d'une garantie implicite illimitée et qu'une telle garantie est contraire aux traités. Cette position de principe de la Commission européenne a trouvé une certaine consécration jurisprudentielle sur le plan européen, à l'occasion d'affaires concernant des établissements publics français (2.2.).

### 2.1. L'interdiction des aides d'État en droit de l'Union européenne

20. Les aides d'État sont, en principe, interdites par le droit de l'Union européenne. Cette interdiction trouve sa source

dans l'article 107, 1., du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui dispose que :

« Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

Conformément à l'article 108 TFUE, la Commission européenne joue un rôle de premier plan dans la surveillance et le contrôle des aides octroyées par les États membres. Elle assure, en effet une mission de contrôle des aides existantes et contrôle, en principe, préalablement à leur mise en œuvre, les aides nouvelles. Celles-ci doivent, à cette fin, lui être notifiées avant d'être mises à exécution, à peine d'illégalité. L'aide prohibée aux termes de l'article 107, 1., TFUE suppose une mesure d'origine étatique, mettant à contribution des ressources étatiques, et ayant pour effet de faire bénéficier certaines entreprises d'un avantage sélectif. Il faut, en outre, que cette mesure soit susceptible de fausser la concurrence et d'affecter les échanges entre les États membres.

21. Sans approfondir ici les différents éléments constitutifs de la notion d'aide d'État, on rappelle que seules sont interdites les aides accordées aux « entreprises » et que, en droit européen des aides d'État, l'entreprise « comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette activité et de son mode-financement »<sup>71,72</sup>. L'activité économique est elle-même définie comme « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »<sup>73</sup>. Nonobstant cette définition, la notion d'activité économique en droit de la concurrence et des aides d'État reste notablement difficile à cerner<sup>74</sup>. On peut, toutefois, considérer que ce qui est décisif pour la qualification d'activité économique, c'est qu'il y ait un marché pour l'offre de biens ou de services en cause ou,

<sup>70</sup>. Voy. le point 1., *supra*.

<sup>71</sup>. C.J.C.E., 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner et Elser*, point 21.

<sup>72</sup>. En l'absence de définition plus précise de la notion d'entreprise dans les dispositions du traité relatives aux aides d'État, c'est à la jurisprudence européenne qu'il est revenu de préciser les contours de la notion.

<sup>73</sup>. C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, *Commission / Italie*, point 36; C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98, *Pavlov*, point 75; C.J.C.E., 25 octobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, point 19; C.J.C.E., 24 octobre 2002, C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, point 79.

<sup>74</sup>. L. DRIGUEZ et S. RODRIGUES, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire », *Actualités juridiques. Droit administratif*, 2008, pp. 193-194; E. BERNARD, « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *R.I.D.E.*, 2009, p. 355; W. SAUTER et H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 81.

en d'autres termes, que l'activité concernée soit susceptible, au moins en principe, d'être exercée par une entreprise privée en vue de réaliser un but lucratif<sup>75</sup>. Selon cette définition, n'a, par exemple, pas été considérée comme économique la gestion des régimes de pensions obligatoires organisés selon une logique de solidarité<sup>76</sup>.

**22.** Par exception, en outre, une entité exerçant l'autorité publique échappe en toute hypothèse à la qualification d'entreprise. Exercent l'autorité publique les entités dont l'activité relève des missions essentielles de l'État ou dont l'activité, par sa nature, les règles auxquelles elle est soumise et son objet, se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique<sup>77</sup>. L'existence de prérogatives et de pouvoirs de coercition dérogatoires au droit commun est un indicateur de l'exercice de l'autorité publique<sup>78</sup>.

La question de savoir si une entité particulière constitue une entreprise ou non dépend donc entièrement de la nature de ses activités. Lorsqu'une entité exerce plusieurs activités, elle doit être qualifiée d'entreprise pour ses activités pouvant être qualifiées d'économiques<sup>79</sup>, à la condition, toutefois, que ces dernières puissent être dissociées de ses activités non économiques<sup>80</sup>. Le caractère étatique ou non d'une entité, sa qualification organique en droit interne, n'ont, pour leur part, pas d'incidence sur sa qualification en tant qu'entreprise<sup>81</sup>. Les personnes publiques sont, dès lors, assurément susceptibles d'être qualifiées d'entreprises. De même, la qualification d'entreprise d'une entité ne suppose pas qu'elle dispose d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État. Peut, en conséquence, être qualifié d'entreprise un service dépourvu de personnalité juridique exerçant au sein de l'État une activité économique<sup>82</sup>.

**23.** Lorsqu'il existe une aide au sens de l'article 107 du TFUE, il est toujours loisible à l'État membre concerné de faire valoir qu'une telle aide est en réalité compatible avec le marché intérieur. Diverses dispositions du TFUE prévoient en effet que la Commission peut déclarer compatible avec le marché intérieur une aide d'État<sup>83</sup>. Par ailleurs, c'est l'article 106, 2., du TFUE, qui permet de déroger aux règles des traités, et donc à l'interdiction des aides d'État, pour les besoins du bon fonctionnement des services d'intérêt économique général. Nous verrons cependant que la Commission considère que cette dernière disposition ne peut pas être mobilisée pour justifier une aide sous forme de garantie implicite illimitée<sup>84</sup>.

## 2.2. Les aides d'État sous la forme de garanties et la mise en cause du statut des EPIC français

**24.** La notion d'aide d'État doit être entendue dans un sens fonctionnel<sup>85</sup>. La forme d'une telle mesure n'importe dès lors pas, seuls ses effets doivent être pris en compte. Sont ainsi interdites aussi bien les aides financières directes que, par exemple, les exemptions fiscales. Les garanties étatiques peuvent également tomber sous le coup de l'interdiction des aides d'État. La garantie étatique s'entend d'un engagement pris par l'État d'exécuter les obligations incombant à un tiers en cas de défaillance de ce dernier<sup>86</sup>.

**25.** La Commission européenne a rapidement jugé nécessaire de se doter de lignes directrices propres à la qualification des instruments de garanties comme aides d'État. Ont ainsi notamment été adoptées deux communications, en 2000<sup>87</sup> (ci-après « la communication de 2000 ») et en

<sup>75</sup> Voy. C.J.C.E., 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner et Elser*, point 22; C.J.C.E., 25 octobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, point 20; C.J.C.E., 10 janvier 2006, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, points 122 et 123; Trib. UE, 12 septembre 2013, T-347/09, *Allemagne / Commission*, point 43. Voy. aussi Concl. Av. gén. M. MADURO dans l'affaire C-205/03, P, *Fenin*, points 13-14, Concl. Av. gén. F. JACOBS dans l'affaire C-67/96, *Albany*, point 214 ainsi que Concl. du même avocat général dans les aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK Bundesverband*, points 27-34 (au point 32 de ses conclusions, l'avocat général indique notamment que « si les activités des régimes obligatoires de sécurité sociale tels que ceux en cause dans les affaires *Cisal* et *Poucet et Pistre* ne sont pas qualifiées d'économiques, c'est parce qu'elles sont incompatibles, même sur le plan des principes, avec la possibilité qu'une entreprise privée les exerce »).

<sup>76</sup> La Cour a développé une jurisprudence abondante sur l'applicabilité du droit de la concurrence aux organismes de sécurité sociale. Voy. not. C.J.C.E., 17 février 1993, aff. jointes C-159 et 160/91, *Poucet et Pistre*; C.J.C.E., 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*; C.J.C.E., 21 septembre 1999, C-67/96, *Albany*; C.J.C.E., 21 septembre 1999, aff. jointes C-115/97 à C-117/97, *Brentjens*; C.J.C.E., 16 mars 2004, aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK Bundesverband*; C.J.C.E., 11 juillet 2006, C-205/03 P, *Fenin*.

<sup>77</sup> C.J.C.E., 19 janvier 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, point 30; C.J.C.E., 18 mars 1997, C-343/95, *Diego Cali & Figli*, points 22-23 (police de l'environnement); C.J., 26 mars 2009, C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati*, point 70 (activité d'assistance aux administrations nationales d'Eurocontrol).

<sup>78</sup> Concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN dans l'affaire C-138/11, *Compass-Datenbank*, point 48.

<sup>79</sup> Concernant l'organisme Eurocontrol, voy. C.J.C.E., 19 janvier 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*; Trib. EU, 12 décembre 2006, T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati* et C.J., 26 mars 2009, C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati*.

<sup>80</sup> C.J., 12 juillet 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, point 38.

<sup>81</sup> Jurisprudence constante de la Cour depuis C.J.C.E. 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner et Elser*, point 21.

<sup>82</sup> C.J.C.E., 16 juin 1987, C-118/85, *Commission / Italie*, point 10; C.J.C.E., 27 octobre 1993, C-69/91, *Decoster*, point 15.

<sup>83</sup> Voy. art. 107, 3., a) à e), TFUE.

<sup>84</sup> Voy. n° 32, *infra*.

<sup>85</sup> C.J.C.E., 2 juillet 1974, C-173/73, *Italie / Commission*, point 27; C.J.C.E., 24 février 1987, C-310/85, *Deufil GmbH & co. KG*, point 8; C.J.C.E., 26 septembre 1996, C-241/94, *France / Commission*, point 20.

<sup>86</sup> J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire: réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 51.

<sup>87</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, « Communication sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garantie », *J.O.*, 11 mars 2000, C. 71, p. 14.

2008<sup>88</sup> (ci-après « la communication de 2008 »), visant à expliciter la façon dont la Commission entendait appliquer l'article 107 TFUE aux garanties données par les États membres aux entreprises.

**26.** Dès la communication de 2000, la Commission estime que constituent une aide d'État sous forme de garantie « les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité ou prévoit explicitement une garantie de l'État ou une couverture des pertes par l'État »<sup>89</sup>. Dans ces cas de figure, la Commission européenne part du principe que le statut juridique de l'entreprise est, par lui-même, constitutif d'aide d'État, parce qu'il traduit l'existence d'une garantie illimitée de l'État. Notamment, une entité exerçant une activité économique et qui ne serait pas soumise aux procédures d'insolvabilité bénéficierait automatiquement, selon la Commission, d'une garantie étatique implicite et illimitée contraire à l'article 107 TFUE. Cette position de principe de la Commission européenne a été réitérée dans la communication de 2008<sup>90</sup>. Elle n'est pas, en outre, restée sans conséquences. Elle a notamment amené la Commission européenne à mettre avec succès en cause le statut juridique de plusieurs grandes entreprises publiques françaises.

**27.** A partir des années 2000, en effet, la Commission européenne s'est intéressée au statut juridique d'entreprises telles qu'« Electricité de France » (EDF)<sup>91</sup>, le « Laboratoire national d'essais » (LNE)<sup>92</sup>, « La Poste »<sup>93</sup>, l'« Institut français du pétrole » (IFP)<sup>94</sup> et la « Société nationale des chemins de fer français » (SNCF)<sup>95</sup>. L'ensemble de ces entreprises avaient comme point commun d'être des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC)<sup>96</sup>.

Les EPIC sont, en France, des institutions publiques exerçant une activité commerciale ou industrielle, dotées de la personnalité juridique, bénéficiant d'une autonomie de gestion et en principe rattachées à une collectivité territoriale<sup>97</sup>. Ces institutions publiques, outre leur activité économique, sont caractérisées par une série de sujétions et de prérogatives exorbitantes du droit commun<sup>98</sup>. Parmi les prérogatives dont disposent ces personnes publiques figure l'insaisissabilité de l'ensemble de leurs biens, dont on déduit classiquement l'inapplicabilité des procédures collectives d'insolvabilité. Des arguments de texte sont aussi invoqués en faveur de cette inapplicabilité des procédures collectives d'insolvabilité<sup>99</sup>.

**28.** C'est précisément cette dernière conséquence qui a attiré l'attention de la Commission. Les EPIC cités ci-avant exercent en effet une activité économique, au sens de la jurisprudence européenne et doivent donc être qualifiés d'entreprises, ce qui leur rend applicable non seulement le droit de la concurrence de l'Union, mais également les règles en matière d'aides d'État. Or, conformément aux communications rappelées ci-avant, l'inapplicabilité des procédures d'insolvabilité qui caractérise les EPIC est, selon la Commission, constitutive d'une aide d'État sous forme de garantie implicite illimitée. C'est dans le cadre de la procédure formelle d'examen intentée en rapport avec le statut juridique de « La Poste » française que la Commission européenne a développé sa position de la façon la plus claire.

**29.** Au moment des faits, dans le courant des années 2000, « La Poste » était une personne morale de droit public<sup>100</sup>, devant, selon les juridictions françaises, être qualifiée d'EPIC<sup>101</sup>. Entretemps et à la suite, notamment, de la procédure ouverte par la Commission européenne, « La Poste » a

<sup>88.</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, « Communication relative à l'application des articles 87 et 88 du Traité CE aux aides d'État sous forme de garantie », *J.O.*, 20 juin 2008, C. 155, p. 10.

<sup>89.</sup> Point 2.1.3. de la communication de 2000.

<sup>90.</sup> Point 1.2. de la communication de 2008.

<sup>91.</sup> Décision n° 2005/145/CE de la Commission du 16 décembre 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, *J.O.*, 22 février 2005.

<sup>92.</sup> Lettre de la Commission européenne à la France du 5 juillet 2005 (*J.O.*, 22 octobre 2005, C. 263).

<sup>93.</sup> Décision n° 2010/605/UE de la Commission du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État C56/07 accordée par la France à La Poste, *J.O.*, 19 octobre 2010 (ci-après la « décision n° 2010/605/UE »).

<sup>94.</sup> Décision n° 2012/26/UE de la Commission du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État C. 35/08 accordée par la France à l'établissement public « Institut français du pétrole », *J.O.*, 17 janvier 2012.

<sup>95.</sup> La Commission a adressé le 11 février 2010 une lettre à la France dans laquelle elle souligne l'incompatibilité de la garantie implicite dont bénéficie la SNCF en tant qu'EPIC avec le droit des aides d'État (J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 79, spéc. note 89). Voy. aussi la question parlementaire n° 2314 de M. Jean-Claude GUIBAL au gouvernement français (*J.O.R.F.*, 3 juin 2010, p. 3960, également disponible sur [www.questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-2314QG.htm](http://www.questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-2314QG.htm)).

<sup>96.</sup> Pour un examen plus complet des cas dans lesquels la Commission européenne a considéré que le statut juridique d'entreprises publiques traduisait l'existence d'une garantie étatique à leur profit, on se permet de renvoyer à E. SLAUTSKY, *L'organisation administrative nationale face au droit européen du marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 153-174.

<sup>97.</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, vol. 1, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 347-348.

<sup>98.</sup> *Les établissements publics*, rapport d'étude adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État français le 15 octobre 2009, pp. 10-12, disponible à l'adresse [www.conseil-etat.fr/content/download/1842/5554/version/1/file/rapport\\_etude\\_etablissements\\_publics\\_15102009.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/1842/5554/version/1/file/rapport_etude_etablissements_publics_15102009.pdf).

<sup>99.</sup> M. LOMBARD, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné? », *Actualités juridiques. Droit administratif*, 2006, p. 81.

<sup>100.</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, *J.O.R.F.*, 8 juillet 1990, p. 8069.

<sup>101.</sup> Tribunal des conflits français, 19 janvier 1998, n° 3084, *Union française de l'Express*; C.E. fr., 13 novembre 1998, n° 188.824, *Syndicat professionnel des médecins de prévention de La Poste*; Cass. fr., 18 janvier 2001, n° 98-23.233, *La Poste*.

été transformée en société anonyme à capitaux publics, susceptible de faire l'objet d'une procédure de faillite<sup>102</sup>. Cette transformation n'a cependant pas empêché la Commission de poursuivre jusqu'au bout la procédure formelle d'examen qu'elle avait intentée dans les années 2000 à l'égard de « La Poste ». L'instance européenne a d'ailleurs adopté en 2010 une décision jugeant incompatible le statut de l'entreprise française avec l'interdiction européenne des aides d'État<sup>103</sup>. Le point de départ du raisonnement de la Commission européenne dans cette décision est sa position de principe exprimée dans ses communications de 2000 et 2008, selon laquelle l'inapplicabilité à une entreprise – comme c'était le cas de « La Poste » – des procédures de faillite traduit l'existence d'une aide d'État à son profit, sous la forme d'une garantie implicite illimitée de l'État. Dans sa décision, la Commission européenne a cependant également mis en avant plusieurs éléments complémentaires. Il s'agissait, surtout, pour la Commission européenne de démontrer de façon plus claire que l'État français assumait le rôle de garant de dernier ressort de « La Poste » en raison du statut juridique de cette dernière<sup>104</sup>.

Le premier élément complémentaire ainsi mis en avant par la Commission était que le créancier de « La Poste » ne risquait pas de voir sa créance disparaître ou de ne pas être totalement remboursé du fait de l'absence de procédure de liquidation judiciaire applicable à « La Poste ». Il n'aurait, dès lors, pas à craindre de perte définitive de sa créance vis-à-vis de « La Poste ».

Le deuxième élément mis en évidence par la Commission européenne pour établir l'existence d'une garantie de l'État français au profit de « La Poste » était une loi du 16 juillet 1980, permettant au préfet, représentant de l'État central français, de s'assurer de l'exécution d'une décision juridictionnelle par une collectivité territoriale subordonnée par le biais de plusieurs mécanismes de tutelle. Or, le Conseil d'État français avait jugé que le créancier de la collectivité territoriale pouvait engager la responsabilité de l'État français lorsque le préfet commettait une faute lourde dans l'exercice de son pouvoir de tutelle ou, en l'absence de toute faute, lorsque ce créancier subissait un préjudice anormal et spécial<sup>105</sup>. La Commission européenne a estimé qu'un tel mécanisme, également applicable aux EPIC et donc à « La Poste », présentait toutes les caractéristiques d'une garantie étatique.

En troisième lieu, selon la Commission européenne, la responsabilité de dernier ressort de l'État français pour les dettes des EPIC aurait aussi été confortée par la jurisprudence

*Campoloro* de la Cour européenne des droits de l'homme, condamnant l'État français pour la non-exécution, pendant plusieurs années, de décisions de justice condamnant une commune française, faute de moyens financiers dans le chef de cette dernière. Cette condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme avait été prononcée sur la base, principalement, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit de chacun à obtenir l'exécution des décisions de justice rendues à son avantage, nonobstant, s'agissant en tout cas des personnes publiques débitrices, leur éventuel manque de ressources financières<sup>106</sup>.

**30.** Le raisonnement tenu par la Commission européenne pour établir l'existence d'une garantie implicite illimitée a donc visé à démontrer que pesait sur l'État français une obligation légale de payer les créanciers de « La Poste » en cas d'insolvabilité de cette dernière. A la différence de ce qui est le cas dans ses communications de 2000 et 2008, la Commission ne s'est en revanche plus contentée d'affirmer que l'impossibilité de mise en faillite de « La Poste » entraînait, *per se*, l'existence d'une garantie implicite illimitée de l'État français, même si cet élément reste au départ de son raisonnement.

**31.** Après avoir ainsi établi l'existence d'une garantie implicite illimitée de l'État français en faveur de « La Poste », la Commission s'est attachée à démontrer que cette garantie était imputable à l'État français et mobilisait ou risquait de mobiliser des ressources étatiques<sup>107</sup>. Ont été mis en avant, sur ce dernier point, d'une part, le fait que « La Poste » ne payait aucune prime pour la garantie reçue, ce qui impliquait que l'État français renonçait à la rémunération qui normalement accompagne les garanties et, d'autre part, le fait que la garantie octroyée créait un risque d'engagement potentiel et futur sur les ressources de l'État français, qui aurait pu se voir obligé de payer les dettes de « La Poste » en cas de défaillance de celle-ci.

**32.** La Commission européenne a ensuite terminé son analyse en considérant que la garantie implicite conférait un avantage à « La Poste » et était de nature à fausser la concurrence et affecter les échanges européens<sup>108</sup>. Les autres conditions de l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107, 1., TFUE étaient ainsi elles aussi réunies.

Plus précisément, l'avantage sélectif dont aurait bénéficié l'entreprise postale découlait, selon la Commission, de l'impact de la garantie sur les conditions de crédit de « La

<sup>102.</sup> Cette transformation a été opérée par l'art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales.

<sup>103.</sup> Décision n° 2010/605/UE.

<sup>104.</sup> Partie 4.1.1. de la décision.

<sup>105.</sup> C.E. fr., 18 novembre 2005, n° 271.898, *Société fermière de Campoloro*.

<sup>106.</sup> C.E.D.H., 26 septembre 2006, n° 57.516/00, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro / France*.

<sup>107.</sup> Décision n° 2010/605/UE, points 253-255.

<sup>108.</sup> Décision n° 2010/605/UE, parties 4.1.2. et 4.1.3.

Poste ». Concrètement, la Commission européenne a considéré que la garantie de l'État permettait notamment à « La Poste » d'être mieux évaluée par les agences de notation et d'ainsi se financer à des taux plus intéressants que ceux dont elle aurait bénéficié sur la base de ses seuls mérites.

Par ailleurs, s'agissant toujours du caractère avantageux de la garantie étatique, la Commission européenne a considéré que, compte tenu du caractère illimité de la garantie, il n'était pas possible de calculer le montant de la prime de marché que « La Poste » aurait dû payer à l'État, ce qui rendait en toute hypothèse inapplicable la mise en place d'un dispositif de rétrocession permettant de supprimer le caractère avantageux de la garantie. Dans le cas d'une garantie illimitée, qui couvre potentiellement toutes les dettes de l'entreprise et pour une période indéterminée, il aurait en effet été impossible, au moment de l'octroi, de déterminer par avance le montant de l'aide accordée et donc de calculer une prime de marché adéquate. Cette même impossibilité de valorisation économique d'une garantie illimitée faisait par ailleurs aussi obstacle, selon la Commission européenne, à une éventuelle mobilisation de l'article 106, 2., TFUE.

Sur ces bases, la Commission a considéré que la garantie octroyée par l'État français au profit de « La Poste » par l'intermédiaire du statut juridique de cette dernière était une aide d'État au sens de l'article 107, 1., du TFUE, et que celle-ci ne pouvait être justifiée. Le statut de « La Poste » devait donc être adapté.

33. La décision de la Commission européenne a été contestée par la France devant le Tribunal, d'abord, et devant la Cour de justice, ensuite<sup>109</sup>. Ces recours judiciaires n'ont cependant pas abouti. Pour rejeter le recours introduit par la France, le Tribunal et la Cour de justice ont notamment jugé

que, pour établir que le statut juridique de « La Poste » emportait l'existence d'une garantie étatique illimitée à son profit, il était loisible à la Commission de se baser sur un faisceau d'indices convergents, pour autant que ceux-ci soient fiables et cohérents. La garantie étatique litigieuse ne découlait en effet d'aucun texte exprès. En d'autres termes, la démonstration par la Commission européenne de l'existence d'une aide d'État et d'une véritable obligation pour l'État français d'engager ses propres ressources aux fins de couvrir les pertes de « La Poste » pouvait, en l'espèce et eu égard au caractère implicite de la garantie, s'effectuer selon la méthode du faisceau d'indices, précis, sérieux et concordants<sup>110</sup>. Les juridictions européennes ont, en outre, admis que l'avantage que procurait la garantie illimitée de l'État à « La Poste » pouvait être présumé<sup>111</sup>. Le Tribunal a cependant par la suite précisé, dans une affaire concernant l'« Institut français du pétrole », qu'une telle présomption reposait sur la plausibilité de la prémisse qui la fonde et que, à défaut de prémisse plausible, la Commission ne pouvait invoquer une telle présomption d'avantage<sup>112</sup>.

34. On voit donc que l'inapplicabilité des procédures d'insolvabilité à une entreprise la rend suspecte, aux yeux de la Commission européenne, au regard de l'interdiction européenne de principe des aides d'État. Pour la Commission européenne, une telle inapplicabilité traduit l'existence d'une aide d'État au profit de l'entreprise concernée, sous la forme d'une garantie illimitée. Or, soustraire l'ensemble des personnes morales de droit public au droit commun de l'insolvabilité est précisément le choix qui a été posé par le législateur belge lors de la réforme du droit belge de l'insolvabilité de 2017. La question se pose donc de la compatibilité de cette réforme par rapport au droit européen des aides d'État.

### 3. LA COMPATIBILITÉ DE LA RÉFORME DU DROIT BELGE DE L'INSOLVABILITÉ PAR RAPPORT AU DROIT EUROPÉEN DES AIDES D'ÉTAT

35. On a exposé que l'impossibilité de déclarer la faillite de certaines entreprises était considérée par la Commission comme un indice de l'existence d'une garantie étatique implicite, potentiellement contraire au droit des aides d'État. La récente exclusion de l'ensemble des personnes morales de droit public du champ d'application du Livre XX relatif à l'insolvabilité des entreprises ne serait-elle dès lors pas problématique au regard du droit européen? Pour tenter de répondre à cette question, on circonscrit ci-après le champ de

l'incompatibilité potentielle, qui ne concerne, en réalité, que les personnes morales de droit public exerçant une activité économique (3.1.). Ensuite, on examine si, et le cas échéant dans quelle mesure, le droit européen des aides d'État entre en conflit avec la dernière réforme du droit belge de l'insolvabilité et, plus spécialement, avec le principe selon lequel les personnes morales de droit public ne sont pas (ou plus), en droit belge, soumises au droit commun de l'insolvabilité (3.2.).

<sup>109</sup> Trib. EU, 20 septembre 2012, T-154/10, *France / Commission*; C.J., 3 avril 2014, C-559/12, *France / Commission*.

<sup>110</sup> Trib. UE, 20 septembre 2012, T-154/10, *France / Commission*, points 120-121; C.J., 3 avril 2014, C-559/12, *France / Commission*, points 64-65.

<sup>111</sup> Trib. UE, 20 septembre 2012, T-154/10, *France / Commission*, point 124; C.J., 3 avril 2014, C-559/12, *France / Commission*, points 98-99.

<sup>112</sup> Trib. UE, 26 mai 2016, T-479/11 et T-157/12, *Institut français du pétrole / Commission*, points 136-140. Un pourvoi a été introduit contre cette décision devant la Cour de justice. L'avocat général M. WATHELET a conclu à l'annulation partielle de la décision du Tribunal (Concl. du 7 décembre 2017 dans l'affaire C-438/16 P), mais la Cour ne s'est pas encore prononcée. La Cour de Justice vient de rendre son arrêt et annule l'arrêt attaqué, voy. C.J. 19 septembre 2018, C-438/16 P, *Institut français du pétrole / Commission*.

### 3.1. Le droit européen des aides d'État ne concerne que les entreprises

36. A titre liminaire, il échet de préciser que l'éventuelle incompatibilité entre le droit belge et le droit de l'Union doit être circonscrite au domaine économique. Seules les personnes morales de droit public belges exerçant une activité économique au sens du droit européen pourraient voir leur statut mis en cause sur la base du droit européen des aides d'État. Comme on l'a précédemment rappelé, le droit des aides d'État ne prohibe en effet que les aides accordées aux « entreprises », définies comme les entités exerçant une activité économique, consistant à offrir des biens ou des services sur le marché. La nature publique ou privée de ces entités n'a toutefois pas d'impact du point de vue de cette qualification<sup>113</sup>.

37. Malgré la définition large donnée à la notion d'activité économique en droit européen<sup>114</sup>, toutes les personnes morales de droit public belge n'exercent pas une telle activité. Comme précédemment mentionné, échappent à la qualification d'entreprise au sens du droit des aides d'État les entités dont l'activité est basée sur la solidarité et celles qui exercent l'autorité publique<sup>115</sup>. A ce titre, ne doivent dès lors pas être considérées comme des entreprises, par exemple, les institutions belges de sécurité sociale, dans la mesure où leur activité est fondée sur la solidarité, ou les différentes personnes publiques qui participent à l'exercice de l'autorité publique, telles que la Commission de régulation de l'électricité et du gaz, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications ou l'État lui-même, du moins dans l'exercice de ses fonctions régaliennes. L'inapplicabilité du droit commun de la faillite à ces entités ne pose dès lors pas de problème de compatibilité avec le droit européen des aides d'État.

### 3.2. Existe-t-il une garantie étatique implicite et illimitée au profit des personnes morales de droit public belges?

38. S'agissant des personnes morales de droit public exerçant une activité économique au sens du droit européen, leur exclusion du champ d'application des procédures collectives d'insolvabilité en droit belge est davantage suspecte au regard du droit européen des aides d'État. Toutefois, cette exclusion ne serait véritablement problématique que dans la mesure où elle traduirait l'existence d'une garantie implicite

illimitée de l'État au profit de ces entités et qu'elle les ferait, ainsi, bénéficier d'un avantage indu par rapport à leurs concurrents. Pour apprécier l'existence d'une violation du droit européen des aides d'État, il est donc crucial d'examiner s'il existe en droit belge une obligation pour l'État d'engager ses propres ressources aux fins de couvrir les pertes des personnes morales de droit public et si la réforme du droit belge de l'insolvabilité de 2017, en ce qu'elle exclut explicitement l'ensemble des personnes morales de droit public du droit commun de l'insolvabilité, contribue à mettre en place ou à maintenir un système de garantie étatique implicite au profit des personnes morales belges de droit public. L'autorité par hypothèse garante serait, plus précisément, vraisemblablement l'autorité fédérale pour les personnes morales de droit public créées à ce niveau, et les communautés et les régions pour les personnes morales de droit public dépendant de ces entités.

39. Certains éléments du droit belge plaident en faveur de l'existence d'une garantie implicite de l'État fédéral et des entités fédérées au profit des personnes morales de droit public qui dépendent d'eux et, partant, d'une aide d'État prohibée.

Tout d'abord, l'immunité partielle d'exécution dont jouissent en droit belge les personnes morales de droit public, l'impossibilité de les déclarer en faillite et le fait que, nonobstant ces deux éléments, ces personnes morales de droit public parviennent à se financer dans des conditions avantageuses, pourraient, à suivre la logique adoptée au niveau européen, faire penser qu'elles bénéficient, implicitement, d'une garantie de la collectivité territoriale dont elles dépendent, en raison de leur statut juridique de personnes morales de droit public<sup>116</sup>. Les cocontractants de ces personnes morales contracteraient volontiers avec elles, nonobstant les possibilités limitées d'exécution forcée et l'inapplicabilité des procédures collectives d'insolvabilité de droit commun, parce qu'ils partiraient de l'idée que l'État belge interviendrait en cas de difficultés financières<sup>117</sup>.

Ensuite, la jurisprudence *Campoloro* de la Cour européenne des droits de l'homme, mobilisée par la Commission pour identifier l'existence d'une garantie implicite de l'État français en faveur de « La Poste », est également applicable à la Belgique, celle-ci étant partie à la convention européenne des droits de l'homme<sup>118</sup>. Pour rappel, cette jurisprudence

<sup>113</sup>. Voy. n° 21, *supra*.

<sup>114</sup>. P. NIHOUL, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 238.

<sup>115</sup>. Voy. nos 21 et 22, *supra*.

<sup>116</sup>. A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Bruxelles, la Charte, 2013, p. 280.

<sup>117</sup>. On relève p. ex. que, au 19 novembre 2014, la notation financière de la SNCB, dont la mise en faillite était déjà exclue par le législateur avant la réforme du droit de l'insolvabilité de 2017, était fonction des éléments suivants, pour l'agence de notation Moody's: « *In accordance with Moody's rating methodology for government-related issuers (GRIs), SNCB's A1/P-1 ratings reflect the combination of the following inputs: (1) a baseline credit assessment (BCA) – a measure of the company's standalone financial strength without the assumed benefit of state support – of ba1; (2) the Aa3 domestic currency rating of the Belgian government, with a stable outlook; (3) the 'very high' dependence between the sovereign and SNCB; and (4) the expectation of 'very high' support from the sovereign.* » ([www.moodys.com/research/Moodys-assigns-PA1-rating-to-SNCBs-EMTN-programme-stable-outlook--PR\\_312646](http://www.moodys.com/research/Moodys-assigns-PA1-rating-to-SNCBs-EMTN-programme-stable-outlook--PR_312646)).

<sup>118</sup>. Voy. aussi A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Bruxelles, la Charte, 2013, p. 279.

consacre le droit de chacun, sur la base du droit à un procès équitable, à obtenir l'exécution des décisions de justice rendues à son avantage, nonobstant, s'agissant, du moins, des personnes publiques débitrices, leur éventuel manque de ressources financières<sup>119</sup>.

Enfin, le principe de continuité du service public, qu'on a déjà abordé en ce qu'il fonde l'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité, est également interprété comme justifiant la poursuite par les pouvoirs publics de l'exploitation déficitaire d'un service public<sup>120</sup>. Ce principe général pourrait dès lors être retenu par la Commission européenne comme étant un indice d'une garantie implicite de l'État à ses personnes morales de droit public, en ce qu'elles prestent un service public dont la continuité doit être garantie, nonobstant les éventuelles difficultés financières rencontrées.

40. D'autres éléments semblent cependant aussi contredire la réalité d'une garantie implicite de l'État belge au profit de ses personnes morales de droit public, nonobstant leur soustraction au droit commun de l'insolvabilité. Il pourrait découler de ces éléments que l'idée d'une intervention automatique des pouvoirs publics belges pour apurer les dettes d'une personne publique en difficultés financières résulterait surtout d'une attente sociale qui, pour forte qu'elle soit, n'en constituerait pas pour autant une obligation juridique de garantie<sup>121</sup>.

Premièrement, le droit belge ne semble pas reconnaître l'existence du concept de garantie implicite des pouvoirs publics. Une garantie de l'État doit, en effet, être octroyée par le législateur<sup>122</sup>, par ou en vertu de la loi<sup>123</sup>, mais en tout cas de façon explicite. La loi belge prévoit en outre parfois expressément la garantie de l'État pour certaines opérations des personnes morales de droit public, comme les entreprises publiques autonomes<sup>124</sup>, ce qui serait peu utile si ces entités disposaient en toute hypothèse déjà d'une garantie étatique illimitée liée à leur statut juridique. Un argument similaire avait cependant également été avancé par la France concernant certains de ses établissements publics mais écarté par la Commission, qui avait considéré que le droit

français n'excluait pas avec certitude l'existence d'une garantie implicite de l'État à leur profit<sup>125</sup>.

Deuxièmement, si un indice de garantie implicite de l'État peut être se déduire du principe de continuité du service public, en ce qu'il justifie la poursuite déficitaire d'une activité d'intérêt général, ce principe de continuité ne joue cependant que tant que le législateur continue à qualifier cette activité comme relevant du service public. Or, une telle appréciation peut varier selon les circonstances<sup>126</sup>. Rien ne semble donc s'opposer à ce que, en cas de difficultés financières d'une personne morale de droit public, l'autorité politique compétente décide que l'activité de cette entité ne doit plus être érigée en service public et organise sa liquidation. En cas de liquidation déficitaire, il ne semble en outre pas que l'État ait une quelconque obligation de reprendre les dettes de la personne publique, puisqu'une telle succession ne paraît pas automatique<sup>127</sup>. L'État belge ne jouerait ainsi pas nécessairement le rôle de garant de dernier ressort des personnes morales de droit public sur la base du principe de continuité.

Troisièmement, même quand le pouvoir politique compétent ne souhaite pas mettre fin au caractère de service public d'une activité, le principe de continuité paraît en toute hypothèse se caractériser par sa dimension finaliste: il implique que, par les moyens qui lui semblent opportuns, l'autorité publique doit assurer la régularité d'une activité d'intérêt général. La garantie de cette continuité ne passe cependant pas forcément par une intervention financière de l'État au profit de l'entité de droit public en difficultés financières chargée d'un service public. L'autorité compétente pourrait, notamment, amener la personne publique qui dépend d'elle à négocier avec ses créanciers un accord permettant un remboursement partiel, avec extinction des créances pour le surplus. Il se pourrait également que, pour assurer la continuité de l'activité, l'autorité politique décide de transférer la mission de l'organisme public à une entité tierce<sup>128</sup>. C'est d'ailleurs l'hypothèse envisagée, dans un cas proche, par la récente loi du 26 janvier 2018 sur le service postal, à son article 14, § 4, qui prévoit qu'en cas de défaillance du pres-

<sup>119</sup> Voy. n° 29, *supra*.

<sup>120</sup> Voy. n° 7, *supra*.

<sup>121</sup> J. LE BRUN et D. DÉOM, « L'exécution des créances contre les pouvoirs publics », *J.T.*, 1983, p. 269.

<sup>122</sup> F. ERAUW, *Droit budgétaire, comptabilité publique, crédit public*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 633.

<sup>123</sup> D. DE KEUSTER, « De waarborg van de overheid: een onbekende, maar geen ongekende rechtsfiguur, een theoretische benadering », *T.B.P.*, 1995, pp. 180-181.

<sup>124</sup> Voy. p. ex. art. 176 et 203 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

<sup>125</sup> Décision n° 2010/605/UE, points 120 et s.

<sup>126</sup> J. VELU, *Droit public. Le statut des gouvernants*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 117; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het belgisch administratief recht*, 20<sup>e</sup> éd., Malines, Wolters Kluwer, 2014, p. 109; B. GORS, « Du changement à la mutabilité, en passant par l'adaptation continue: retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (coords.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 310-311.

<sup>127</sup> Voy. G. ROSOUX, « Suspension de l'exigibilité de créances de l'État: l'incidence d'un fédéralisme centrifuge sur le principe d'égalité », *J.L.M.B.*, 2004, p. 155; Y. MARIQUE, « Les créances impliquant les pouvoirs publics, entre droit civil et droit administratif », *Privilèges et hypothèques*, Diegem, 2004, pp. 119-121. C'est ce qui explique que le législateur intervienne parfois pour prévoir la succession d'une personne publique à une autre personne publique. Voy. p. ex. l'art. 61 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions.

<sup>128</sup> N. THIRION, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER et M. SIMONIS, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 202 (les auteurs rapportent l'argument).

tataire universel<sup>129</sup>, le Roi est autorisé à désigner un autre prestataire. Ceci doit permettre d'assurer la continuité du service<sup>130</sup>. Dans le cas d'un tel transfert pour cause d'insolvabilité, il ne semble pas qu'il y ait obligatoirement une reprise du passif de l'entité publique par l'État, qui pourrait être liquidée. Dans ces circonstances, on pourrait donc considérer que l'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public vise en réalité, plus qu'à leur reconnaître une garantie étatique, à permettre au législateur de décider du devenir d'une activité de service public déficitaire, sans que l'intervention d'un mandataire de justice ou d'un juge, dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, ne réduise sa marge de manœuvre de ce point de vue.

41. En définitive, il semble discutable qu'il existe, en droit belge, une garantie implicite de l'État au profit des personnes morales de droit public en raison de leur statut, et il est, *a fortiori*, douteux que cette hypothétique garantie découle de la seule non-applicabilité aux personnes morales de droit public du droit commun de l'insolvabilité. Dans ces conditions, la réforme du droit belge de l'insolvabilité de 2017, en tant qu'elle confirme (ou consacre) l'inapplicabilité du droit commun de la faillite aux personnes publiques, ne serait pas par elle-même problématique au regard de l'interdiction euro-

péenne des aides d'État. L'existence d'une garantie étatique liée au statut juridique des personnes morales de droit public ne peut toutefois pas être écartée avec certitude en droit belge, et un problème de compatibilité avec le droit européen des aides d'État ne peut donc être exclu. Les affaires françaises, qui sont intervenues dans un contexte juridique proche du contexte belge, montrent d'ailleurs que le risque n'est pas théorique. Il est dès lors frappant que la récente exclusion des personnes morales de droit public du champ d'application du Livre XX du Code de droit économique ne paraisse pas avoir poussé le législateur à s'interroger explicitement, à tout le moins, sur les problèmes éventuels que ce choix pouvait poser au regard du droit européen des aides d'État. On se rappelle en effet qu'une nouvelle aide d'État ne peut, en principe, être mise en œuvre sans avoir été précédemment notifiée à la Commission européenne. L'attention de la Commission européenne ne paraît cependant, à ce jour, pas encore avoir été attirée par le cas des entreprises publiques belges, bien que l'applicabilité des procédures d'insolvabilité ait été expressément exclue depuis plusieurs dizaines d'années pour certaines de celles-ci. Le peu d'intérêt de la Commission pour le cas belge explique peut-être l'absence apparente de débats en Belgique sur la question de la compatibilité du statut juridique des entreprises publiques avec le droit européen du marché intérieur et, spécialement, des aides d'État.

## CONCLUSION

Entre autres nouveautés, la récente réforme du droit belge de l'insolvabilité de 2017 a explicitement et généralement soustrait du champ d'application du droit commun de l'insolvabilité les personnes morales de droit public. Par cette exclusion, le législateur a tranché une controverse, essentiellement doctrinale, qui existait jusque-là autour de la possibilité de prononcer la faillite des personnes morales de droit public. L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public, telle qu'elle a été voulue par le législateur en 2017 et telle qu'elle a été confirmée en 2018, vaut, en outre, nonobstant le fait que certaines de ces personnes morales de droit public sont actives sur le marché. Sur ce point, le choix a donc été posé de préserver, voire d'accroître, le régime juridique de droit public applicable à l'action des pouvoirs publics en Belgique, même lorsque celles-ci entrent en concurrence avec des opérateurs privés.

Toutefois, le choix du législateur de 2017 d'exclure les personnes morales de droit public du champ d'application du droit commun de l'insolvabilité pourrait poser question au

regard du droit européen des aides d'État. On a en effet exposé que la Commission européenne considérerait que la non-application à une entreprise du droit commun de la faillite signifiait que celle-ci bénéficiait d'une garantie implicite illimitée de l'État et que cette garantie, qui l'avantagerait de manière indue, était incompatible avec l'interdiction européenne des aides d'État. Sur ces bases, c'est notamment le statut juridique de plusieurs grandes entreprises publiques françaises qui a été mis en cause, avec succès. Cette position de la Commission européenne reflète, à vrai dire, une méfiance plus générale de cette institution vis-à-vis des formes d'intervention des pouvoirs publics dans l'économie qui présentent un caractère dérogatoire par rapport au droit privé.

La lecture des travaux préparatoires du Code de droit économique, ne fait pas apparaître que cette difficulté potentielle par rapport au droit européen du marché intérieur aurait été envisagée lors de la réforme du droit belge de l'insolvabilité de 2017<sup>131</sup>. Ceci s'explique, peut-être, par l'absence de mise

<sup>129</sup>. Une telle défaillance ne devant pas forcément trouver sa source dans des difficultés financières.

<sup>130</sup>. Projet de loi relative aux services postaux, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2694/1, p. 17.

<sup>131</sup>. La section de législation du Conseil d'État s'est, notamment, contentée de préciser qu'« il ne revient pas au Conseil d'État de se prononcer sur l'opportunité de soumettre ou non certains acteurs des relations juridiques au Code de droit économique ou à certaines de ses parties. Ce choix revient en premier lieu au législateur *dans le respect, il est vrai, des obligations qui découlent, le cas échéant, du droit de l'Union européenne* et des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination » (c'est nous qui mettons en évidence), projet de loi portant réforme du droit des entreprises, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2828/1, p. 150.

en cause, à ce jour, par la Commission européenne du statut juridique de personnes morales de droit public belges actives sur le marché. En outre, l'inapplicabilité du droit commun de la faillite aux personnes morales de droit public n'implique sans doute pas, en droit belge, l'existence d'une garantie étatique au profit de ces entités, de telle sorte que l'incompatibilité par rapport au droit européen des aides d'État est en

tout état de cause douteuse. La question n'apparaît cependant pas tranchée avec certitude, surtout si l'on tient compte des précédents français. Il n'est dès lors pas impossible que la question du statut des personnes morales de droit public au regard du droit de l'insolvabilité se pose à nouveau dans les années à venir.