

Service public et droit en réseau

**E u r o p e , M a r c h é e t S e r v i c e U n i v e r s e l
d a n s l a S o c i é t é d e l ' I n f o r m a t i o n**



**Séminaire Droit, Temps, Changement
François Ost**

Introduction

« Deux dangers nous menacent : l'ordre et le désordre »

Paul Valéry

L'ANTIQUE BIBLIOTHEQUE d'Alexandrie n'avait qu'une raison d'être : réunir en un point central la somme des connaissances de son temps. Aujourd'hui, information et connaissance s'organisent en réseau et l'Internet, réseau des réseaux, est considéré comme leur aboutissement suprême. Un ensemble complexe d'unités électroniques, échangeant, paquet par paquet, des informations numérisées remplace désormais une structure unique et omnisciente ...

Cette exemple illustre un signe des temps : le passage des structures hiérarchiques aux formes de réseau. Véritable objet d'étude « à la mode », le réseau ne finit pas de questionner des chercheurs étonnés par sa fécondité¹. Figure parmi les sciences enthousiasmées celle du droit. Mais quel difficile aveu pour celle-ci ! En effet, la science juridique ne ressemble à aucune autre et elle trouve là l'occasion d'afficher sa singularité. Elle occupe, il est vrai, une position épistémologique difficile. Lorsque l'on « fait du droit », on hésite entre pure description ... et prescription. Attaché à un modèle, le juriste hésitera plus d'une fois à l'écarter, de peur de détruire les conditions de possibilités de principes qu'il juge essentiels au droit ou à la société en général.

En l'occurrence, la structure hiérarchique, représentée ici par une pyramide, est au fondement de la plupart des théories de la pensée juridique moderne. Mieux : il s'agit de leur figure paradigmatique. On y trouve la théorie de la validité comme la théorie de l'interprétation, toutes deux basées sur le critère de la règle supérieure. Si ces théories, issues des travaux de Hans Kelsen, ont fait (et feront encore) l'objet de critiques nourries de la part des jusnaturalistes et des réalistes, elles n'ont pour autant jamais été remplacées dans l'*habitus* des juristes contemporains. La pyramide kelsenienne emporte des conséquences sur les plans de la validité et de l'interprétation du droit, et en implique encore sur d'autres plans. Ainsi, la pyramide fonde un ordre juridique *stable, moniste, et univoque*.

Mais force est de constater que le modèle pyramidal est mis en difficultés sur de multiples questions. Les opérations de proportionnalité, les figures institutionnelles inédites, l'apparition de systèmes de règles concurrentes dans la régulation sociale, la « remontée » d'instruments propres au droit privé dans les sphères du droit public², la « dé-législation » ou la capture des administrations, la construction européenne... confirment l'émergence d'un modèle fait d'*instabilité, de pluralisme et de complexité*.

Tel est le contexte de l'émergence de la figure du réseau au sein du droit.

¹ Les travaux de M. Castells, désormais célèbres, y ont une grande responsabilité. Voy. *La société en réseau*, Paris, Fayard, 1998, et les deux tomes qui ont suivi pour compléter *L'ère de l'information : Le pouvoir de l'identité* (Paris, Fayard, 1999) et *Fin de millénaire* (Paris, Fayard, 1999). Voy. aussi J.-J. ROSA, *Le second XXème siècle: déclin des hiérarchies et avenir des nations*, Paris, Grasset, 2000

² Voy. H. DUMONT, « Droit public, droit négocié et para-légalité », in PH. GERARD, FR. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 1996, p. 458 et ss.

Service public et droit en réseau

Le réseau se distingue par l'horizontalité (il est un ensemble de nœuds qui sont normalement égaux), la réticularité (les relations entre les nœuds sont bidirectionnelles), la plasticité et l'universalité (il est partout sous toutes les formes). La pyramide, elle, serait purement hiérarchique (l'étagement des normes), linéaire (le gouvernant contrôle le gouverné), unique et clôturé (modèle de l'espace délimité et saturé).

L'hypothèse du réseau interroge les concepts clés : la souveraineté, la légalité, la convention-loi, la représentation démocratique... Parmi ceux-ci doit figurer celui du service public. Les critiques dirigées actuellement contre l'État portent systématiquement sur le(s) service(s) public(s). Pourtant, la notion joue encore un rôle essentiel en droit. Au cœur du droit administratif, elle est censée être l'horizon régulateur de l'action publique. Les dernières décennies l'ont pourtant vue se modifier profondément. Nous tenterons (avec succès !) de démontrer que l'hypothèse du réseau est apte à rendre compte de ces changements.

Le service public est en effet un thème de confluence. Il pose les questions cardinales du phénomène de réseau : le rapport réagencé entre droit et marché, la construction d'un ordre juridique européen³, et l'éthique (néolibérale comme idéologie sous-jacente à ce nouveau paradigme⁴). Les glissements constatés dans le droit des services publics ont un lien flagrant avec l'émergence de la figure du réseau. Un système de services publics en monopole, matérialisation de l'intervention d'intérêt général, symbole par excellence de la pyramide étatique sur la société, est remplacé par le réseau du marché où le libre jeu des intérêts individuels est censé maximiser le bien-être de chacun. Cela pose de grandes questions théoriques ...

L'étude de législations spécifiques s'impose par la nécessité d'une base de réflexion solide. Parmi les secteurs où l'intervention publique était prédominante, celui des télécom a montré la voie du changement. Lourdemment modifié par le droit européen au cours des 15 dernières années, son cadre réglementaire est aujourd'hui en refonte totale. Parmi les directives récemment adoptées, deux nous serviront de fil d'Ariane : la directive 2002/22/CE dite « service universel » et la directive 2002/21/CE dite « directive cadre ». Elles illustrent parfaitement deux glissements actuels dans le droit des services publics : l'apparition de la notion de service universel et les nouvelles formes de régulation de service public. Ce « nouveau droit », dans sa production, ses dispositifs ou les structures institutionnelles qu'il met en place, s'apparente à la figure du réseau. Nous montreront le rôle des instruments européens dans « l'enchâssement » de l'État et du service public au sein du marché. De plus, les télécom peuvent aussi expliquer les phénomènes de réseau en ce qu'ils portent en eux un modèle social émergent : la société de l'information. Ils sont, enfin, intéressants puisqu'ils ont toujours eu, une affinité particulière avec le réseau comme objet : ne parle-t-on pas de réseau téléphonique ?

Nous diviserons notre cheminement en deux parties. La première porte sur les changements juridiques qui affectent le secteur qui nous concerne. Pour comprendre l'ampleur des changements, les développements étudient le service public en tant que conception pyramidale. La deuxième fait le point sur les conséquences théoriques de ces changements.

³ J.-M. FERRY, *La question de l'Etat européen*, Gallimard, 2000

⁴ Voy. sur la question européenne et le néolibéralisme l'ouvrage de J. HABERMAS, *Après l'Etat-nation, une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000.

Partie I : Changements juridiques

Chapitre 1 : Image d'une théorie classique du service public

NOUS TENTERONS, dans ce chapitre, de donner une représentation fidèle des principes qui régissent le service public dans les formulations traditionnelles qui lui sont données par les droits continentaux. Celles-ci se croisent et s'entrecroisent dans différents registres. Elles montrent toujours l'esprit pyramidal de la construction. Nous analyserons successivement le registre de la théorie de l'État (section 1) et celui du droit administratif à proprement parler (section 2). Par transition avec le chapitre 2, nous terminerons par aborder la confrontation des droits administratifs internes avec le droit communautaire sur le terrain du service public (section 3), de laquelle découlent les bouleversements les plus importants.

Section 1 : Service public et théorie de l'État

La notion de service public n'est pas née avec l'État moderne. Celui-ci a connu plusieurs vies, qui se distinguent par le rapport qu'a entretenu la structure étatique avec la société. L'État a ainsi joué plusieurs rôles. Du personnage distant détenteur du pouvoir souverain (§1), l'État devient acteur impliqué dans la vie économique (§2) et finit (provisoirement) État providence (§3). Dans chacun de ces rôles, la place du droit a changé ...

§1 De l'État de puissance publique ...

L'État de puissance publique renvoie à la théorie d'un État libéral qui prédomine dans l'Europe continentale⁵ du 19^{ème} siècle. Il est alors vécu comme une instance supérieure qui ne pose que des actes de contraintes. Il est une « puissance inconditionnée et irrésistible, trouvant en elle-même son propre titre de légitimité »⁶. Sa seule fonction est d'assurer la sécurité et de faire régner l'ordre. Son intervention est ainsi minimale : elle encadre le jeu social, délimite l'espace dans lequel il va se déployer. Cet « État-veilleur de nuit »⁷ est alors très réduit. Il se cantonne dans des fonctions régaliennes (défense, justice, police, diplomatie, fiscalité) qu'il exerce en monopole, et en délaisse d'autres à un secteur privé qui doit prédominer « naturellement ».

⁵ Nous nous concentrerons, au cours de ce travail, sur un sujet de droit européen. Mais celui-ci ne peut s'aborder sans prendre en compte les droits internes des États membres. La tâche est difficile puisque la notion de service public et son importance diffèrent d'un État à un autre. Nous proposons, sans surprise, de baser nos réflexions sur le droit administratif belge, qui s'inscrit d'abord dans la tradition juridique française (mais il est loin d'avoir réceptionné toutes les spécificités de celle-ci). La différence, cependant, ne doit pas faire oublier l'unité. Le service public est une aventure commune à plusieurs ordres juridiques (même s'il faut parfois recourir à des périphrases pour exprimer une notion semblable).

⁶ J. CHEVALLIER, *Le service public*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 1994, p. 7.

⁷ G. VANTHEMSCHE, *Les paradoxes de l'Etat, l'Etat face à l'économie de marché XIX & XX siècles*, Bruxelles, Labor, 1997, p. 51.

Service public et droit en réseau

La puissance publique a pour assise une idéologie qui fonctionne pour elle. Développée par des auteurs allemands (Ihering) ou français (Carré de Malberg), elle est justifiée par l'abstraction de la personnalité morale de l'État. Cette personnalité morale est le réceptacle du sens et de la source de la puissance. Confinée dans un « au-delà » (par définition peu accessible), la « raison d'État » superpose largement les volontés individuelles des dirigeants qui disposent ainsi de moyens d'action privilégiés.

La souveraineté de l'État implique en conséquence une position particulière de cette instance « mythique »⁸ par rapport au droit. Ce droit n'est que l'expression de sa puissance intrinsèque et de son privilège. Il ne lui est en aucun cas antérieur puisqu'il naît de la volonté étatique. Ainsi, le droit administratif n'est que le bras séculier de l'État et n'est pas appelé à le limiter (sinon par autolimitation)⁹. La puissance publique n'est donc jamais responsable de ses actes et l'on peut encore moins imaginer qu'un juge puisse être compétent pour vérifier une quelconque régularité de l'action publique. C'est la consistance propre de ses moyens d'action (et non le but poursuivi par ceux-ci) qui justifie que le droit applicable à l'administration n'est pas le même que celui appliqué aux simples particuliers.

§2 ... à l'État de service(s) public(s).

A. Les prémices de l'État de service public

Bien vite cependant, la théorie de l'État de puissance publique est devenue incapable de rendre compte de bon nombre de nouveaux modes d'intervention étatique dans la société. Des facteurs émergents le poussent à une mutation d'ordre fondamental. Parmi ceux-ci, on peut identifier les plus évidents : la montée en puissance des idées solidaristes, les progrès de l'idée d'État de droit et les profondes transformations affectant le système économique lui-même. Ces derniers méritent d'être approfondis...

L'enracinement doctrinal de l'État de droit change le rapport critique de celui-ci avec le droit. Alors que le concept de puissance publique fondait difficilement une soumission de l'État aux règles juridiques, cette nouvelle idée tend à faire de cette soumission un passage obligé. Le droit administratif devient ainsi un droit de la limitation de la puissance publique. Il est « la condition et la garantie de la subordination »¹⁰ de l'État au droit. En conséquence, l'apparition de l'État de droit modifie (durablement) la légitimation de l'État et de ses prérogatives. Ils ne sont plus légitimes *per se* mais uniquement dans la mesure et la limite où le régime exorbitant permet à l'administration d'accomplir les devoirs à sa charge¹¹.

⁸ FR. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 2002, p. 128.

⁹ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 11 : « (...) le droit ne constitue pas dans cette conception une limite extrinsèque, une contrainte hétéronome pour l'Etat : la limitation n'est qu'*intrinsèque* et résulte seulement du processus d'*objectivation de sa volonté* dans un ordre juridique caractérisé par la stabilité, la cohérence et la hiérarchisation ».

¹⁰ *Ibid.*, p. 15.

¹¹ Faire du droit administratif une garantie de l'assujettissement de l'administration au droit est un projet de juristes publicistes qui tentent d'autonomiser leur discipline par rapport aux juristes privatistes « persuadés les clefs du seul vrai droit » (J. CHEVALLIER, « Regards sur une évolution », *AJDA*, juin 1997 spécial, p. 9 ; Voy. aussi A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975). Il faut remarquer la concomitance de ce

Service public et droit en réseau

Tout comme dans la théorie de la puissance publique, cette conception est sous-tendue par un travail de doctrine qui conforte la thèse de l'État du service public. Selon J. Chevallier, il s'agit d'une entreprise de « démythification » (menée, entre autres, par Duguit) qui attaque de front l'idée d'une personnalité morale en apesanteur de l'État. Duguit personnalise le pouvoir de l'État, lui fait perdre cet avantage d'un lieu distant où résiderait sa logique et ainsi, le fait redescendre dans les préoccupations du social. Il s'agit là du début d'un processus d'insertion de l'État dans la société : il perd son statut de surplomb qui le caractérisait à ses premières heures. Lorsque l'on croise les notions d'État de droit et de service public, on parvient finalement à découvrir « le fondement et la limite » de la nouvelle action étatique.

Autre facteur de changement : les transformations du système économique. L'accélération de l'industrialisme modifie en profondeur le tissu social, qui se paupérise et se concentre désormais dans les villes. Pour préserver des équilibres sociaux parfois très instables, l'État prend un rôle actif et devient prestataire de services. Il prend des fonctions en charge, met en place des infrastructures propres à l'essor de la production et des échanges (routes, chemins de fer)¹² et initialise les premiers mécanismes de solidarité.

Cette nouvelle mission donnée à l'État fait de celui-ci un gestionnaire et non plus seulement une instance de contrainte(s). Il devient donc « un "commis du social", un honnête gérant, un fidèle serviteur »¹³ et non plus uniquement un « veilleur de nuit ». Pour répercuter l'expression de Duguit, en tant que gestionnaire, l'État se présente comme une « coopération de services publics »¹⁴.

Certains tentent alors de faire du service public le critère d'applicabilité du droit administratif. Ainsi, la poursuite de fins de service public déclencherait l'application d'un droit dérogatoire au droit commun. L'entreprise montre rapidement son échec. En effet, l'émergence de la construction doctrinale du service public ne parvient pas à effacer les procédés de puissance publique. Un régime juridique spécifique s'appliquera soit à cause de fins recherchées, soit à cause des moyens employés. L'administration ne se

projet avec l'octroi de compétences juridictionnelles au Conseil d'Etat français (en 1872) et les débuts des théories de l'excès de pouvoir.

¹² Pour la plupart de ces grands réseaux, un premier investissement public d'importance fait place à la formule de la gestion déléguée du service public le plus souvent. La tâche de l'exploitation du réseau est ainsi confiée à une personne de droit privé par un contrat de concession ou d'affermage (qui se différencie de la concession par les ouvrages ou structures que l'autorité publique remet au cocontractant moyennant une contrepartie financière tirée de l'exploitation du service). Voy. pour ces définitions A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1997, p. 365-374.

¹³ J. CHEVALLIER, *Le service public, loc. cit.*, p. 21

¹⁴ *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, 1928, p. 58.

Service public et droit en réseau

sépare pas de ses prérogatives spécifiques, même dans le cadre de l'exploitation du service¹⁵. Il s'agit toujours des privilèges du préalable¹⁶, de l'exécution d'office¹⁷ et de l'absence de voies d'exécution forcée¹⁸. En conclusion, si le principe du service public a largement contribué à modifier le visage du droit administratif, il n'est pas parvenu à être la clé unique du droit applicable à l'action publique¹⁹.

B. La consécration de l'État providence

Par la suite, l'État, armé de cette arme idéologique redoutable qui légitime *ipso facto* ses actes, diversifie de plus en plus ses activités. Ses fonctions régaliennes de base ne sont alors plus qu'un noyau perdu dans le large spectre de son action. Ordonner et sanctionner font place à satisfaire les besoins communs à tous. Cela va de pair avec l'extension de ses moyens : l'État se donne alors les hommes et les outils nécessaires à cette satisfaction. C'est l'explosion des services publics²⁰ ...

Les freins juridiques à cette explosion paraissent bien maigres. Limitant la liberté fondamentale du commerce et de l'industrie, le service public ne devrait occuper qu'une place d'exception. Or les conditions de création de service public, en France par exemple, sont peu nombreuses et peu strictes. Ainsi, le pouvoir organisateur devrait motiver son acte sur les « besoins légitimes de la population » (notion polysémique) et en cas de « carence de l'activité privée » (peu vérifiable en vertu de la présomption de légalité des actes administratifs). Autrement dit, une fois l'action administrative mise en œuvre, il est souvent trop tard pour vérifier l'absence de satisfaction des besoins par le marché ...

¹⁵ Aux 3 privilèges cités pourraient s'ajouter facilement ceux de la réquisition et de l'expropriation. Voy. J.-B., GEOFFROY, « Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre », *RDP*, 1987, p. 49-89.

¹⁶ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 250; M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, La Chartre, 2001.

¹⁷ N. FERREIRA, « La notion d'exécution d'office », *AJDA*, juillet 1999 spécial, p. 41-45; M. NIHOUL, *op. cit.*

¹⁸ Ce privilège n'a plus cours en Belgique depuis la loi du 30 juin 1994 insérant un article 1412bis dans le Code judiciaire, *M. B.*, 27 juillet 1994, entrée en vigueur le 21 janvier 1995.

¹⁹ La question du critère du droit administratif (opposé au contentieux administratif) a beaucoup soucie la doctrine française. Elle semble aujourd'hui s'accorder sur le critère du service public caractérisant le *droit* administratif et sur le critère de la puissance publique caractérisant le *contentieux* administratif. Voy. P. AMSELEK, « Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA*, 1968, p. 492-514, qui a été rédigé en écho à l'article de R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 235-282. La doctrine belge, qui n'a pas à caractériser outre mesure le contentieux administratif (le système juridictionnel français, fort dichotomique, se montre très particulariste à cet égard), utilise les critères de puissance publique et de service public indistinctement pour ramener dans le giron du droit administratif toute une série de régimes juridiques. « De ce que l'exercice de la "puissance publique" apparait comme le concept fondamental du droit administratif, faut-il conclure à l'inutilité et à l'abandon de la notion de service public ? Il semble bien que non ! » M.-A. FLAMME, « Service public et puissance publique. Mythes ou réalités ? », in *Mél. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, p. 478.

²⁰ J. CHEVALLIER, *Le service public, loc.cit.*, p. 57.

Service public et droit en réseau

La figure de l'État providence, telle qu'elle surgit en Europe après la seconde guerre mondiale, est non seulement interventionniste, mais aussi centralisatrice. Doté de moyens nouveaux, l'État peut se permettre de reprendre en gestion directe les fonctions d'utilité publique qu'elle avait autrefois confiées à des personnes tierces²¹. La formule de la gestion du service public en *régie* s'impose peu à peu face à la technique de la concession. L'autorité centrale garde ainsi une maîtrise administrative et financière²² immédiate. Une autre technique conduit l'État à mettre la main haute sur les activités d'intérêt général : celle du paraétatisme. Il s'agit alors de constituer des personnes de droit public qui ne se confondent pas avec la « personne-État ». Elles ont été baptisées par la doctrine d'institutions paraétatiques ou parastatales. Véritable innovation du droit administratif d'après-guerre, le paraétatisme implique la distinction entre un noyau étatique originel et des institutions périphériques. Elle est aussi un signe de la prolifération de l'interventionnisme : l'administration a tellement de missions qu'elle ne peut plus les assumer elle seule ! Le paraétatisme est une réorganisation de la structure administrative permettant à l'État d'atteindre ses buts. Il ne signifie jamais le relâchement du contrôle de ces activités. En Belgique, c'est la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public²³ qui met en place un système de philosophie paraétatique. Elle confère ce titre à une cinquantaine d'institutions œuvrant dans des secteurs très différents, allant du crédit public à l'aide à l'enfance. Le modèle paraétatique est définitivement pyramidal.

Un autre facteur d'expansion des services publics fut l'utilisation de la définition fonctionnelle du service public. Alors que l'État tente de ramener dans sa sphère de contrôle direct l'ensemble de ces services pour les confier à des organes de droit public, le législateur, par la formule de la délégation²⁴, assigne à des personnes (qui peuvent être de droit privé) le statut de service public en raison de leur activité (et non plus en raison du caractère public de leur personnalité morale). Le service public fonctionnel prolonge ainsi le service public organique et concourt à l'expansion du champ de son action²⁵. Le mouvement est encore accéléré par la doctrine du service public virtuel, défendue par G. Jeze. Le caractère de service public existe

²¹ On vit ainsi le dépérissement de la formule de la concession qui apparaît désormais peu satisfaisante. Les personnes privées à la tête du service tardent en effet à investir dans l'expansion des structures confiées. Or la solidarité, objectif au fondement de l'État providence, impose l'égalité dans la satisfaction du besoin (G. VANTHEMSCHE, *op. cit.*, p. 55). On parle d'une « répugnance des compagnies à investir dans l'infrastructure », Voy. CHR. STOFFAËS (dir.), *Les services publics : questions d'avenir*, Commissariat général du plan, Paris, Odile Jacob/DF, 1995, p. 50.

²² On doit distinguer plusieurs types de régies : la régie simple (qui dispose d'une simple ligne budgétaire), la régie avec autonomie financière (disposant d'un budget distinct mais sans personnalité juridique) et la régie autonome (dotée de la personnalité juridique et d'une autonomie et de moyens financiers propres) qui renvoie immédiatement à la technique paraétatique. Voy. XXX, *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, Paris, ASPE Europe, 1998, p. 213.

²³ M. B. du 24 mars 1954.

²⁴ J.-Fr. AUBY, *La délégation de service public*, Paris, PUF, 1995.

²⁵ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 481. Caractéristique de cette période de centralisation, l'auteur souligne que « (...) si la promotion dans un domaine déterminé d'un service public fonctionnel à la dignité de service public organique paraît fréquente, la réciproque l'est beaucoup moins ou se heurte à maintes objections. »

Service public et droit en réseau

ainsi indépendamment d'une délégation et pourrait être reconnu par le juge parce qu'elle correspond à une mission d'intérêt général « constitutive d'une activité de service public à l'état potentiel »²⁶.

Quelle sont donc les activités que l'État prend à sa charge en tant qu'État providence ? J. Chevallier crée une typologie composée de 4 catégories²⁷ :

- 1) Les activités régaliennes : les plus anciennes, elles sont au cœur même de l'institution étatique. Il s'agit principalement d'une fonction de protection contre l'extérieur (défense et diplomatie) ou contre les désordres internes (police et justice), ou encore de donner à l'État les moyens nécessaires à son fonctionnement (fiscalité). Elle intégrerait aussi les « vecteurs de communication sociale » qui touchent de très près l'ordre public : réseaux routiers, postaux et de télécommunications (depuis l'utilisation de signaux électroniques)²⁸.
- 2) Les activités économiques : les premières entreprises économiques de l'État sont liées de près aux activités régaliennes comme la défense (manufactures d'armes) ou la fiscalité (monopoles du sel ou du tabac). Elles portent ensuite sur les secteurs clés de l'économie : les transports, l'énergie ou les banques de dépôt. C'est dans ces secteurs qu'ont eu lieu la plupart des nationalisations dès l'après-guerre.
- 3) Les activités sociales : elles correspondent à l'idéologie sous-jacente à l'État providence. L'État a ainsi repris les fonctions de solidarité des caisses mutuelles privées. Son action va ainsi de l'assistance aux plus démunis jusqu'à la mise en place d'un système de sécurité sociale²⁹. Il s'agit tant de la mise place des services publics (hôpitaux, société de logement, etc.) qu'une redistribution des ressources entre les membres de la société.
- 4) Les activités socioculturelles : beaucoup plus récentes, elles sont assurées dans le droit fil de l'instruction publique. L'action étatique concerne aussi la protection du patrimoine de la nation, l'encouragement des arts et des lettres, et la mise en place d'infrastructures sportives.

Tel est le « système paraétatique » mis en place par l'État providence. Avec E. Picard, on peut penser que ce système de services publics a « définitivement renforcé le rôle et la légitimité d'une autorité centrale et de l'État comparés à ceux de l'initiative privée et de la liberté »³⁰. Il paraît tellement achevé que l'on pouvait penser « qu'après chaque crise et chaque guerre, les États modernes franchissaient un palier supplémentaire dans le niveau d'intervention »³¹. Force est de constater que certaines idées reçues ont la vie dure. Depuis 20 ans en effet, un mouvement inverse a été initié ...

²⁶ Voy. par ex. la note sous les décisions du Conseil d'État français du 6 février 1948 de l'auteur dans *RDP*, 1948, p. 244.

²⁷ J. CHEVALLIER, *Le service public*, *loc.cit.*, p. 58-61.

²⁸ D'autres auteurs situent cette mainmise dans le cadre des nécessités économiques qui se sont présentées à lui. Voy. J.-Fr. AUBY, *Les services publics en Europe*, Paris, PUF, 1998, p. 34-35 : « C'est un secteur qui demeure très largement soumis à un statut de service collectif en raison de son importance pour le développement économique des États. »

²⁹ « (...) Un système assurantiel dans lequel les garanties sociales ont été liées à la mise en place d'assurances obligatoires couvrant les principaux "risques" de l'existence (maladie, chômage, retraite, invalidité, etc.). » P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État providence*, Paris, Seuil, 1995, p. 17.

³⁰ E. PICARD, « Citizenship, fundamental rights and public services », in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (dir.), *Public services and citizenship in european law, Public and labour law perspectives*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 92.

³¹ E. COHEN, *op. cit.*, p. 215.

§3 Crise de l'État providence : marché et efficacité

Il y a plus d'une cause à ce que l'on appelle la crise de l'État providence. Mais il est clair que le premier facteur de crise, à la base du démarrage du moteur idéologique (le néolibéralisme) qui prône son dépassement, est son manque d'efficacité. La critique néolibérale effectue le travail de sape de sa légitimité. Ce processus entamera donc des changements radicaux.

Le manque d'efficacité de l'État providence est aujourd'hui un lieu commun. Fameusement étudié par P. Rosanvallon³², c'est d'abord le poids du coût de l'État providence qui est pointé du doigt. Ses actions sont en effet soutenues par la voie taxatoire, et l'augmentation de leur nombre conduit l'État providence dans une « impasse financière ». Les bonheurs économiques de l'après-guerre (les « Trente Glorieuses ») ont fait place aux chocs pétroliers, à la montée du chômage et à une crise économique endurente³³. Les États occidentaux ont, pour la plupart, choisi la voie de politiques dépensières qui s'avéreront désastreuses pour la santé des finances publiques. Lourdemment endettés, ces mêmes États seront contraints, aux cours des années 1980 et 1990, de vendre (« privatiser ») une part importante ou très importante de leurs avoirs, au sein desquels figurent les entreprises chargées des services publics.

Les problèmes de l'État providence sont ainsi mis en évidence par la critique néolibérale. Si la *Théorie de la justice* de J. Rawls³⁴ fut très importante pour les courants de pensées politiques de gauche, F. Hayek se révéla être le maître à penser des mouvements conservateurs anglo-saxons. Hayek, qui voit dans le dévouement de l'État providence à la justice sociale le « principal exutoire pour l'émotion morale »³⁵, propose le démantèlement de cette forme d'État qui bride la liberté, la seule base naturelle de la « Grande société »³⁶. Les thèses néolibérales sont reprises et étudiées par bon nombre de milieux universitaires (l'école du « Public choice » notamment)³⁷ qui analysent l'action publique en termes économiques stricts. Leur diagnostic est sans appel : les buts assignés aux services publics seront mieux réalisés dans un environnement concurrentiel. Économiquement, la qualité et la quantité des biens et des services seront toujours inférieures et leurs prix supérieurs à ce qui est réalisable dans un environnement concurrentiel. À leurs yeux, le système paraétatique doit donc être condamné.

³² P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, 3^{ème} éd., Paris, Seuil, 1992.

³³ VOY. D. COHEN, *Les infortunes de la prospérité*, Paris, Julliard, 1994.

³⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1995. La première édition américaine de l'ouvrage date de 1971.

³⁵ FR. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. 2. *Le mirage de la justice sociale*, Paris, PUF, 1995, p. 80. Les premières éditions en langue anglaise des 3 tomes de *Droit, législation et liberté* ont été publiées en 1973, 1976 et 1979. Il est l'idéologue avoué des administrations Thatcher et Reagan pendant les années 1980.

³⁶ L'auteur est paradoxal sur la problématique des services publics. S'il lui apparaît « hors de doute que dans une société évoluée le gouvernement doit se servir de son pouvoir fiscal pour assurer un certain nombre de services qui, pour diverses raisons, ne peuvent être fournis, du moins adéquatement par le marché » (*Droit, législation et liberté*, t. 3, *L'ordre politique d'un peuple libre*, p. 49), Hayek se livre par la suite à une critique virulente des « syndicalo-services publics » en monopole (*ibid.*, p. 67) et finit par ne plus reconnaître à l'État le droit exclusif d'émission de la monnaie. Voy. l'ensemble du chapitre 14 de ce volume.

³⁷ Voy. par exemple I. MCLEAN, *Public Choice, an introduction*, Oxford, Basil Blackwell, 1987.

Service public et droit en réseau

Ces deux motifs de crise, à la fois réel et idéologique, ont provoqué trois grands mouvements (une « trinité » selon les mots d'U. Beck³⁸) qui ont affecté l'ensemble des États occidentaux au cours des 20 dernières années. Il s'agit de les différencier clairement dès lors que la vulgate a tendance à les confondre.

- 1) Un mouvement de libéralisation : il s'agit ici, dans un sens strict, de l'abrogation des droits exclusifs accordés sur le marché de la production de tel bien ou de la prestation de tel service, et dans un sens large, de la « disparition ou diminution des barrières faisant obstacle à l'entrée d'entreprises sur le marché »³⁹. Quand elle porte tant sur les règles (droits exclusifs ou spéciaux) que sur les barrières matérielles, la libéralisation peut être analysée comme un processus de stimulation de la concurrence. Cette remise en cause des monopoles équivaudra, aux yeux des juristes administrativistes, à une remise en cause pure et simple de la notion de service public.
- 2) Le deuxième mouvement est celui de la dérégulation. Il s'agit d'une « réduction de l'action normative – primaire ou dérivée – du législateur, surtout en matière économique »⁴⁰. Le mouvement est général à tous les secteurs économiques mais son résultat est paradoxal. La diminution du nombre de règles ne fait qu'en appeler d'autres, par une manière d'appel d'air⁴¹. Ce paradoxe est aujourd'hui tellement bien connu que l'idée d'une réduction pure et simple du nombre de règles s'appliquant à l'activité économique relève aujourd'hui d'une conception enfantine du phénomène juridique. C'est d'abord par la combinaison de la dérégulation avec la libéralisation et la privatisation que l'effet de paradoxe se réalise⁴². Mais c'est aussi dans sa confrontation avec la notion de service public (comme idée centrale des monopoles installés jusqu'ici) que d'autres règles remplacent celles abrogées. La complexité de la législation sur le service universel peut, à elle seule, nous servir d'exemple.

³⁸ U. BECK, « La fin du néolibéralisme », *Le Monde*, 10 novembre 2001, p. 1 et 16.

³⁹ P. NIHOUL, *La concurrence est le droit, la position occupée par les entreprises, les consommateurs et les autorités*, s.l., Ed. EMS, 2001, p. 290.

⁴⁰ B. VAN DER ESCH, « Dérégulation, autorégulation et le régime de la concurrence non faussée dans la CEE », *CDE*, 1991, p. 499.

⁴¹ D. NUCHELMANS, « Privatisation et mécanisme de marché dans le secteur des télécommunications : dérégulation ... rerégulation ? », *RIDE*, 1992, pp. 191-204 ; D. SOULIE, « Droits de propriété, déréglementation et reréglementation. Le cas du secteur des télécommunications », *RIDE*, 1992, pp. 179-189.

⁴² Pour le secteur qui nous concerne (les télécom), l'exemple est particulièrement frappant puisque les normes européennes qui ont été promulguées depuis le début des processus de libéralisation il y a 20 ans (les premières idées d'un « espace communautaire des télécommunications » datent de 1983) sont pléthoriques, et leur lecture s'avère « fastidieuse » (D. NUCHELMANS, *op. cit.*, p. 194). Ce caractère complexe a d'ailleurs poussé la Commission à proposer une refonte systématique de ces normes, que le Conseil a votée le 7 mars 2002. Il est vrai que les objectifs de départ de la Commission relevaient moins de la petite idée, que d'une stratégie de grande ampleur. L'espace européen passait en effet par l'interconnexion des réseaux (avec l'unification des normes et des technologies qu'elle comporte), la définition de nouvelles règles du jeu (l'objectif principal de libéralisation) et la sauvegarde du rôle des administrations de télécommunications afin de leur permettre de continuer à remplir leurs obligations de service public (et les moyens pour y parvenir font l'objet de polémiques), le tout étant mis en œuvre de manière graduelle (*ibid.* p. 192 et 193). Le résultat est donc touffu et sans doute contradictoire avec l'esprit de dérégulation dominant les nouvelles politiques économiques.

Service public et droit en réseau

- 3) Le dernier mouvement est celui de la privatisation. Juridiquement, la privatisation s'analyse comme une simple cession d'actifs. Le procédé vient à point nommé pour des États que la crise a endettés. La privatisation est souvent critiquée par les mouvements politiques de gauche qui la perçoivent comme le signe inquiétant d'une démission de l'État. Il s'agit en effet de « limiter l'exercice, par l'autorité, d'activités économiques »⁴³. La position ne doit cependant pas être à ce point radicale, puisque, comme le montre A. Drumaux⁴⁴ (entre autres) et les résultats paradoxaux de la dérégulation, la privatisation cohabite avec des formes indirectes d'intervention publique, ce que l'hypothèse du nouveau mode de la régulation économique et ses procédés par encadrement et incitations tend à prouver. Si le débat sur la privatisation doit être détendu, il ne doit pas être oblitéré, loin de là⁴⁵. Ce mouvement tend en effet à être considéré par certains comme naturel. Pour ces derniers, la propriété publique de certains moyens de production fut une erreur. Pour leurs opposants, la privatisation mène au sentiment de la perte des leviers de l'économie. Ce risque a même poussé, en son temps, le Conseil de l'Europe à émettre une recommandation⁴⁶. En droit européen, la privatisation et le rôle ambigu joué par la Commission (dans son rapport avec l'art. 295 du traité de Rome) sont des sujets sensibles.

Après avoir analysé quelle est la place et le rôle du concept de service public dans la théorie de l'État, il nous faut dès à présent aborder sa situation sur un plan plus juridique. On peut en effet parler du service public comme un des piliers des systèmes juridiques continentaux

Section 2 : Le cœur du droit administratif continental

Nous effectuons un parcours jalonné de 3 étapes, pour ensuite aborder, dans une troisième section, le thème des transformations du service public sous l'effet du droit européen.

§1 Une activité au régime et au statut juridiques exorbitants

Nous avons vu que l'État providence est interventionniste, mais aussi centralisateur. Les droits exclusifs qu'il consent à « ses » services publics en sont le meilleur exemple. On touche là le principe même de la hiérarchie dans le droit des services publics et la cible du droit européen. Au nom du caractère essentiel à la société de l'activité, on interdit tout concurrent au prestataire de services publics.

Pour le secteur des réseaux, c'est-à-dire des marchés nécessitant une structure (reposant sur l'entière du territoire de l'État le plus généralement) qui achemine la prestation entre le gestionnaire et l'utilisateur, le choix du monopole repose aussi sur une analyse économique, aujourd'hui remise en cause par des facteurs technologiques. Il s'agit de la thèse du monopole naturel⁴⁷. Les réseaux d'énergie, de transport ou de

⁴³ P. NIHOUL, *La concurrence et le droit*, loc. cit., p. 263.

⁴⁴ A. DRUMAUX, *Privatisation = moins d'État ?*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1988.

⁴⁵ Voy. M. BRENDAN, *In the public interest ? Privatisation and the public sector reform*, London, Zed London, 1993 ; J. LEGRAND et R. ROBINSON (dir.), *Privatisation and the welfare state*, Londres, Allen & Unwin, 1985

⁴⁶ *La privatisation d'entreprises et d'activités publiques : recommandation n° R (93) 7 du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 18 octobre 1993*, Ed. du Conseil de l'Europe, 1994.

⁴⁷ Pour une analyse économique du monopole, en ce compris du monopole naturel, Voy. P. NIHOUL, *La concurrence et le droit*, loc. cit., p. 32 et ss.

Service public et droit en réseau

télécom requièrent en effet de lourds investissements, à la « seule puissance financière des États ». On conçoit ainsi qu'en théorie une entreprise privée souhaitant pénétrer un marché qui nécessite un réseau ne jouit pas des ressources à investir dans ce type d'immobilisation⁴⁸. De plus, dans l'hypothèse de l'absence de droit exclusif, l'endettement des entreprises sera tel qu'il handicapera le bon fonctionnement du marché et que de la concurrence entre ces acteurs économiques ne survivra finalement et nécessairement qu'un seul opérateur : le monopoliste naturel. L'ensemble des pays européens ont avancé cette théorie du monopole naturel pour justifier les droits exclusifs de leur service public en réseau.

Le premier effet du monopole est de stabiliser. Il désigne, *ad vitam eternam*, un prestataire de service qui représente l'intérêt général. Le monopole incarne ainsi le bien public. Il protège des fluctuations et des risques du marché un bien essentiel, que chaque usager est assuré d'obtenir⁴⁹. Le gestionnaire du service public peut ainsi se permettre de faire fonctionner son entreprise sans se soucier des aléas de la vie des affaires⁵⁰, son financement étant ainsi garanti⁵¹. Le service public est donc à ce point essentiel qu'on ne le conçoit pas digne d'une insertion dans les rapports de marché, ce qui signifierait une soumission de grands projets aux bas instincts commerciaux.

Le second effet du monopole est de conforter la responsabilité de l'État. Le monopole s'étend aux confins de l'*imperium* de l'État. C'est ainsi que le service public s'apparente aux fonctions de l'État dans la société. La filiation entre le service public et l'État est donc marquée de manière indélébile. Il y a là un rattachement des concepts dont la théorie va devoir souffrir la remise en question. Certains ne peuvent concevoir les services public sans liens forts avec la chose étatique.

Le caractère monolithique du monopole se répercute sur bien des facettes de l'activité de service public. Une entreprise preste le service, qui se réduit, souvent, à un seul produit et un seul prix. L'ensemble conforte le caractère unitaire et, par conséquent, pyramidal de cette conception du service public.

Le monopole n'est pas le seul caractère exorbitant du régime du service public. Bien souvent, l'entreprise publique qui en est chargée jouit de privilèges annexes, comme les régimes d'autorisation ou de déclaration des initiatives privées « à côté du service public ». Le monopole ne porte jamais que sur certains segments du secteur d'activité. Par exemple, la Poste belge n'a pas de droit exclusif⁵² sur les services plus spécialisés

⁴⁸ Un réseau est un système à rendement d'échelle croissant : plus le réseau est doté d'éléments (de nœuds), plus celui-ci présente de la valeur et moins le coût marginal de l'extension du réseau sera important. Un réseau de maillage réduit sera donc proportionnellement plus coûteux qu'un même réseau à la structure étendue.

⁴⁹ Soulignons que l'assurance de l'accès n'écarte pas l'obligation d'en payer le prix. Voy. R. HERZOG, « Le prix du service public », *AJDA*, juin 1997 spécial, p. 8-15

⁵⁰ L'absence de ce souci est un abcès de fixation de la critique néolibérale. Selon les théoriciens de la concurrence (et du régime européen qui sera appliqué), ne pas se soucier des aspects commerciaux de son activité conduit le monopoliste à mettre sur le marché un produit qui ne répond pas nécessairement aux attentes des « consommateurs » (que l'on désigne alors plus par le vocable trop étiqueté d'« usager »).

⁵¹ Il est d'ailleurs souvent (implicite) prévu que les finances publiques viennent au secours de l'entreprise publique à cours de ressources.

⁵² Le monopole postal est réglé par le chapitre premier de la loi du 26 décembre 1956 sur le Service des postes (*M.B.* du 30 et 31 décembre 1956), ainsi que par la loi du 6 juillet 1971 portant création de la Régie des Postes (*M.B.* du 14 août

Service public et droit en réseau

comme la correspondance express⁵³ qui font déjà l'objet d'un traitement concurrentiel⁵⁴, soumis à ce type de régime.

Le statut monopolistique et les autres protections légales accordés aux services publics leur font « atteindre une masse critique qui leur permet de peser de manière déterminante sur le secteur d'activité dont ils ont la charge, en jouant le rôle d'un véritable pôle d'attraction »⁵⁵. Finalement, dans sa vocation et le résultat, il faut parler d'une hégémonie du service public face à l'initiative privée⁵⁶.

§2 Les lois du service public

Ce qui scelle définitivement le sort particulier réservé au service public, peut être les lois que la doctrine souhaite lui voir appliquer. L'école française du service public les a définies et diffusées sous le nom des « lois de Rolland ». Il s'agit des obligations⁵⁷ de continuité, d'égalité et d'adaptabilité.

L'obligation de continuité du service public montre à nouveau les liens entre l'institution du service public et celle de l'État. Tout comme celui-ci, lorsque l'on sait l'importance des missions qui lui sont confiées, le service public ne s' imagine pas sans une mise en œuvre continue. Cela n'entraîne cependant pas un fonctionnement permanent : il s'accommode de l'intermittence. L'obligation de continuité a pendant longtemps été le fondement du refus du droit de grève aux fonctionnaires qui y travaillaient^{58/59}. Ce droit leur est aujourd'hui reconnu, soit par la force des choses, soit par les instruments internationaux⁶⁰.

Le principe d'égalité est encore plus connu. Trouvant ses bases dans les art. 10 et 11 de la Constitution belge, il oblige le service public à traiter de manière identique les situations semblables. Ainsi, un usager a droit aux mêmes avantages et est soumis aux mêmes charges qu'un autre s'ils se trouvent dans une situation semblable. On veut ainsi garantir l'égalité d'accès des usagers au bien ou à la prestation rendus

1971), toutes les deux modifiées par l'importante loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques (*M.B.* du 27 mars 1991).

⁵³ On considère que ce service spécialisé s'adresse à une clientèle particulière (issue de la vie des affaires).

⁵⁴ A cette concurrence qui revêt un caractère accessoire s'ajoute la concurrence « intermodale » qu'un monopole ne peut empêcher (ex. : le courrier électronique concurrence les services postaux, le transport routier concurrence le transport par voie ferrée).

⁵⁵ J. CHEVALLIER, *Le service public, loc. cit.*, p. 70.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁷ On aborde les lois du service public sous l'angle des obligations auxquelles celui-ci doit se soumettre. Il est cependant clair que ces obligations entraînent le régime exorbitant que nous avons exposé au § 1^{er}.

⁵⁸ J. GIJSSELS, « Stakingrecht in de overheidsdiensten en kontinuïteitsbeginsel » in *Algemene rechtsbeginselen*, Anvers, Kluwer, 1991, p. 299-337.

⁵⁹ Le principe de continuité est encore la base de la théorie du fonctionnaire de fait.

⁶⁰ Voy. la généralité de l'art. 8, d) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, signé à New York et approuvé (au niveau fédéral belge) par la loi du 15 mai 1981 (*M. B.* du 6 juillet 1983). Adde J. LLOBERA, « La fonction publique et la liberté syndicale dans les normes internationales du travail », *Rev. trim. D. H.*, 1992, p. 321-344.

Service public et droit en réseau

par le service public. L'égalité est souvent réalisée par le principe de la péréquation des tarifs. Le prix devient alors l'expression d'un traitement égalitaire et de la vocation à la solidarité du service public. Ainsi, on n'applique pas de tarifs plus élevés aux usagers qui, pour des raisons diverses, sont plus coûteux à desservir que d'autres. Inclure l'ensemble d'usagers des zones peu denses dans un réseau (de télécommunication, de transport ou d'énergie) représente un coût plus élevé que l'inclusion des populations citadines. Or, le prix du service sera pourtant identique pour ces deux catégories d'usagers. On réalise donc une moyenne des coûts pour aboutir à un prix unique. Finalement, les usagers à la desserte plus facile contribuent au paiement des coûts afférents à la desserte des usagers difficiles d'accès. On parle de financement par subventions croisées⁶¹. L'uniformité du prix permet en réalité une neutralité par rapport aux choix de vie des usagers. Ceux-ci sont assurés de ne pas souffrir d'une situation défavorable selon la situation sociale ou géographique qui est la leur. Une forme de lien social s'instaure ainsi entre les membres de la communauté. Dans ce domaine, le service public réalise plus l'égalité qu'il ne la respecte. Si séduisant que le système de la péréquation paraisse, il est pourtant critiqué au nom de l'égalité qu'il entend respecter ou réaliser. Le principe d'égalité oblige aussi à traiter de manière distincte ce qui est distinct. L'égalité formelle du système de péréquation ne suffit alors pas nécessairement au respect de cette prescription. S'il réalise une forme d'égalité géographique difficilement contestable, on peut en douter pour ce qui concerne l'égalité sociale. Un tarif identique pour tous ne facilite pas toujours un accès au coût acceptable compte tenu des ressources de *non habentes*. D'une simple égalité formelle, il faudrait passer à un système de discrimination positive où le prix de la prestation serait réduit sous condition de manque de moyens financiers⁶².

La dernière loi applicable au service public est celle de l'adaptabilité. On considère que le service public doit répondre à des besoins collectifs qui évoluent. C'est une obligation de satisfaction adéquate. On spécifie sans doute cette obligation en comparant le service public en monopole avec un système de marché qui répondra aux besoins nouveaux de manière spontanée. Il n'y a ainsi aucun droit acquis au maintien en l'état du service public (tant du côté du fonctionnaire que de l'utilisateur). On fonde généralement l'obligation d'adaptabilité sur la mutabilité des actes réglementaires, mais il est certain que l'on pourrait adopter un raisonnement inverse⁶³.

⁶¹ CHR. STOFFAËS, *op. cit.*, p. 65. Ce système de financement pose de gros problèmes aux économistes pour qui un système efficace nécessite l'adaptation du prix au coût marginal de la prestation. De plus, d'un point de vue de la concurrence, les subventions croisées peuvent cacher le système dit de la prédation, danger dont on veut se prévenir. Une entreprise prédatrice casse les prix sur un marché grâce à la position dominante (un monopole par exemple) dont elle jouit sur un autre marché. On adopte entre autres des règles de transparence comptable pour éviter ce type de risque.

⁶² Voy. J. CHEVALLIER, *Science administrative*, Paris, PUF, 1986, p. 530, cité par E. MALARET GARCIA, « Public service, public services, public functions and guarantees of the rights of citizens : unchanging need in a changed context », in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (dir.), *op. cit.*, p. 69.

⁶³ Il faut aussi faire le lien, en droit belge, entre cette obligation d'adaptabilité et celle qui est faite aux agents de l'État de se tenir « au courant de l'évolution des techniques, réglementations dans les matières dont ils sont professionnellement chargés » (art. 11, §3 de l'Arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État, tel que modifié par l'Arrêté royal du 26 septembre 1994 (entré en vigueur le 7 mars 1992)).

§3 Citoyenneté, démocratie et droits humains

Contrairement aux systèmes anglo-saxons où les activités d'intérêt collectif ont dès le départ été confiées aux règles de la *Common law* (avec un rôle prédominant du juge⁶⁴), elles ont été soumises, en Europe continentale, au droit administratif. Cette filiation rattache l'activité économique du service public à la chose ... publique ! Ce lien de parenté n'a pas qu'un effet formel sur la nature des sources juridiques applicables. Il en résulte un autre, plus symbolique. L'accès au service public semble ainsi être l'attribut de la qualité de citoyen. On touche ici une forme de lien social qui est créé par l'État. Un bien que ce dernier fournit de manière uniforme sur l'ensemble de son territoire devient un élément identique que l'on retrouvera chez chacun des membres de la société politique. On complète ainsi l'équation politique et démocratique moderne : un individu = une voix = un bien. Dans l'idée classique du service public, il existe en effet une « certaine conception du lien social et politique »⁶⁵. Finalement, se superposent un lien de droit privé entre un usager et le service public (le contrat) et un lien de droit public qui signifie l'appartenance citoyenne de l'usager. Cette idée de citoyenneté (d'abord opposable à la chose publique) sera modifiée lorsque la prestation de service public devra s'envisager dans un contexte concurrentiel⁶⁶.

On peut aussi avancer l'idée que la mise en œuvre des services publics se réalise dans la discussion classique entre les droits à la liberté et l'égalité. Le droit démocratique moderne, dont les principes de liberté se basent sur la séparation entre l'État (dont l'activité est essentiellement normative) et la société (dont l'activité est essentiellement matérielle), s'est maintenu dans un premier temps à une conception formelle de l'égalité des droits. Cependant, on n'a pu nier que l'égalité des droits est mise en péril par les circonstances de fait comme la naissance ou des talents innés. Résoudre cette difficile équation a obligé l'État à ne plus se cantonner à un seul rôle de gardien de l'ordre public. En organisant les services publics et en devenant fournisseur de biens essentiels, il a dépassé son rôle de poseur d'actes normatifs. Les sphères auparavant séparées tendent ainsi à fusionner. Les services publics sont donc à l'intersection des domaines de l'État et de la société⁶⁷.

Le mouvement participe à celui des droits fondamentaux puisque ce système cherche aujourd'hui à consacrer les droits économiques et sociaux⁶⁸ et non plus seulement à garantir un droit à l'autonomie. Cette

⁶⁴ Le système anglo-saxon est très éloigné du système continental puisque les règles applicables aux services collectifs sont à peine différentes du droit commercial traditionnel. On appliquera simplement le statut un peu particulier du *common carrier* (ou *common calling*) à la personne qui offre ses services au public le plus large. Il s'agit donc d'une séquence inverse où un droit d'origines privée et prétorienne prime le droit administratif.

⁶⁵ Pour reprendre les termes d'E. PICARD, *op. cit.*, p. 83. Adde G. AMATO, « Citizenship and public services – Some general reflections », in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (dir.), *op. cit.*, p. 145-156.

⁶⁶ Certains iront jusqu'à parler de « citoyenneté de marché ». Cfr. *infra*.

⁶⁷ « Public services are therefore located exactly in an area of overlap of the two spheres, since they presuppose that the machinery of state will henceforth take charge, on the basis of its prerogatives, its particular procedures and its public law, of activities which were formerly the preserve of society and its members, acting within the framework of their subjective rights for their own interests, in accordance with private law. », E. PICARD, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁸ La relation entre services publics et droits sociaux a conduit le Conseil constitutionnel français, dans la foulée de la constitutionnalisation du préambule de la Constitution de 1946, à établir la théorie des « services publics

Service public et droit en réseau

zone grise de contact entre les mondes du droit privé et du droit public, ferait croire à une simple zone mixte. On constate pourtant qu'il pourrait s'agir d'une extension pure et simple des logiques étatiques à la « société civile »⁶⁹. Le mouvement est encore plus prononcé lorsque l'on constate que l'égalité formelle des droits est devenue un droit à l'égalisation des conditions matérielles et que l'autonomie personnelle a évolué vers un droit à être libéré des dangers et des risques sociaux⁷⁰. L'État, qui n'est plus chargé du maintien de l'ordre public mais aussi de l'ordre social⁷¹, demande ainsi des sacrifices de plus en plus importants des droits à l'autonomie personnelle, dont la liberté du commerce et de l'industrie⁷². Il s'agit là d'une des balises de la critique néolibérale adressée aux services publics : le processus est un mouvement irrationnel, contradictoire avec les principes fondateurs de liberté⁷³. Selon J. Habermas⁷⁴, il s'agit au contraire d'un seul et même processus moderne de rationalisation. Les services publics ne tendent qu'à créer les conditions de réalisation des préférences de chacun. La croissance du rôle des structures administratives dans la vie sociale a cependant mis au jour de nouvelles nécessités. On a ainsi promulgué des droits à la participation et à la transparence administrative⁷⁵. On veille donc à impliquer les usagers et les administrés dans le fonctionnement de la chose publique. Ces droits apparaissent tentent de résoudre les dilemmes nés de l'explosion des services publics.

Le débat sur les relations entre les services publics et les droits fondamentaux a été repris avec une acuité particulière au niveau européen⁷⁶, surtout depuis l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union à Nice en décembre 2000.

constitutionnels ». En effet, à chaque droit de la deuxième génération (droit-créance) correspond une prestation de service public et un rôle actif de l'État (à l'exception sans doute du droit au travail). Ces services publics seraient alors plus protégés que d'autres. Voy. L. FAVOREU, « Service public et constitution », *AJDA*, juin 1997 spécial, p. 16-19.

⁶⁹ Une expression qui relève du pléonasm dans le contexte des sphères séparées l'une de l'autre.

⁷⁰ Le principe de base de liberté ne permet donc plus de limiter le pouvoir de l'État.

⁷¹ Ce qui l'oblige à intervenir dans des registres infiniment plus nombreux que dans le modèle précédent.

⁷² Le thème de cette opposition est classique en droit public de l'économie. Voy. Ph. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie*, Diegem, Story-Scientia, 1986, p. 29-36

⁷³ Selon les néolibéraux, les droits sociaux qui doivent être réalisés par le système des services publics sont illégitimes en ce qu'ils ne respectent pas un principe démocratique de base qui est la distinction entre le juste et le bien. Le droit devrait rester formel (« être juste ») et ne pas préférer un choix de vie à un autre (« être bon »). Il s'agit d'un sujet de discussion infini pour Hayek. Voy. ses chapitres 8 et 9 au sein du 2^{ème} tome de *Droit, législation et liberté: Le mirage de la justice sociale*, *op. cit.*

⁷⁴ Voy. l'incommensurable apport de *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

⁷⁵ Au niveau fédéral belge, Voy. la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration (*M. b.* du 30 juin 1994).

⁷⁶ A. LYON-CAEN, V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Paris, Dalloz, 2001. L'ouvrage analyse d'abord les traditions nationales.

Section 3 : Les mutations du service public sous l'effet du droit européen

Le système paraétatique des services publics n'a pu pérenniser comme il le souhaitait. Le projet européen est venu quelque peu contrecarrer le sien. La rencontre de ces projets et de leurs logiques sous-jacentes a fait l'objet de long discours, toujours en sens divers. On ne peut être d'accord que sur un seul élément. Au-delà de la question des compatibilités et des contradictions, les langages employés par les pouvoirs en jeu sont essentiellement différents. Les États membres empruntent un langage administrativiste, issu de leur logique étatique classique. L'Europe, au contraire, (la Commission en première ligne) adopte le langage de l'économie. Cette différence est déjà une des rencontres des rationalités « de réseau » et « de hiérarchie ». L'organisation de l'ordre juridique européen et ses relations avec les ordres nationaux ne sont pas faites du même bois. Enchevêtrements des compétences, sources multipolaires et préférence à la spontanéité du marché (logique de la régulation) entrent en contradiction avec les institutions pyramidales et linéaires caractéristiques des États membres. Tout confirme l'idée que la construction européenne dépasse le modèle classique de l'organisation des pouvoirs⁷⁷.

On le sait, l'ensemble du projet européen est basé sur l'idée de « grand marché ». La coopération économique internationale a été conçue dès l'après-guerre comme une clé de la paix sur le Vieux continent. On vise ainsi à créer l'interdépendance des États et à écarter les rapports de forces militaires des débats entre eux. Depuis le traité de Rome en 1957, l'ambition du projet a grandi. On passe d'une simple zone de libre-échange ou d'une union douanière à une véritable union économique, qui intègre les politiques économiques (au sens le plus large) des États nationaux⁷⁸. On passe de 6 à 15 et demain à 25 États membres. L'effectivité des différents traités nécessite la mise en place d'une autorité administrative au pouvoir important. Ses moyens conséquents et son savoir(-faire) étendu lui confèrent une légitimité pragmatique de poids. De plus, l'organisation internationale qu'est (encore) la Communauté européenne⁷⁹ est dotée du pouvoir de promulguer du droit dérivé (sous la forme de règlements, de directives ou de décisions) destiné à la réalisation des objectifs des traités. Enfin, l'institution d'une Cour de justice parachève cet édifice original qu'est l'ordre juridique communautaire. Elle s'avérera être un véritable nœud de pouvoir. Se jouant de tous les obstacles, développant les théories de la primauté et de l'effet direct, la Cour est l'assurance ultime de l'effectivité des règles européennes.

Visant l'objectif du marché intérieur où les frontières nationales seraient effacées, les sources européennes ont été nombreuses et novatrices. Elles ont bousculé les règles et les habitudes. Mais la différence de langage a fait croire à une indifférence européenne à l'égard de ce qui apparaît légitime aux

⁷⁷ Pour A.-J. ARNAUD, l'Europe « juridique » et cette hypothèse post-moderniste ne font qu'un. *Voy. Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991.

⁷⁸ *Voy.* les missions ambitieuses contenues dans l'art. 2 du Traité de Rome (TCE).

⁷⁹ Certains auteurs reconnaissent que l'objet de la Communauté et de l'Union européenne est tel qu'il pose de réels « cas de conscience constitutionnelle » aux juristes. Selon R. ERGEC, « ... [le traité de Maastricht] n'a de traité que la forme. A maints égards, il s'identifie à une constitution jetant les bases d'une structure politique qui dépouille les États des pans entiers de leur souveraineté (...). L'Union européenne que ce traité édifie se rapproche d'une entité parafédérale ». (*Introduction au droit public, t. 1, le système institutionnel*, 2^{ème} éd., Diegem, Story-Scientia, 1994, p. 82).

yeux des États membres. Les services publics ont figuré, et figureront sans doute encore, parmi les sujets douloureux.

§1 De la soumission à la concurrence ...

Le premier effet de la rencontre de ces logiques distinctes est un renversement de perspective radicale. La théorie classique de service public est basée sur l'idée indiscutée de la prévalence de l'action étatique sur celle des marchés. La présence d'un monopole et donc de l'administration suppose l'incapacité du marché à satisfaire des besoins désignés comme essentiels. La perspective européenne est au contraire celle du principe de marché⁸⁰. L'action administrative de l'État n'occupera que l'espace congru. C'est en fait la structure même du texte du traité de Rome qui impose cette conclusion. Les « services d'intérêt général » sont en effet renvoyés au statut d'exception au sein du deuxième paragraphe d'un article. On suppose ainsi que la libre interaction des acteurs du marché satisfait mieux les fins d'intérêt général que l'action de l'État qui impose sa loi au marché. Finalement, les marchés soumis au monopole d'une entreprise jouissant de droits exclusifs apparaissent comme les objets d'une nécessaire libéralisation, qui permettra aux facteurs de production, profitant des 4 libertés de base, de se déployer efficacement. Le monopole, s'il subsiste, ne sera qu'un vestige du droit public de l'économie. Telle est la voie du marché unique européen.

Une des premières « cible » de la réforme européenne des droits nationaux fut donc les droits exclusifs accordés par les États membres à certaines de leurs entreprises, que celles-ci soient publiques ou non. La Commission a joué un rôle moteur dans ce processus, bien plus que le Conseil, organe de la légitimité étatique et protégeant sans aucun doute l'organisation en place au sein des États membres. Les premières actions communautaires visant l'abolition des monopoles illustrent une des voies juridiques que la Commission empruntera⁸¹. Dès le début des années 1970 en effet, celle-ci entame des procédures en manquement contre les États qui ne respectent pas l'art. 31 TCE⁸² qui oblige les États membres à « aménager » les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres. « Le propre d'un monopole étant d'être discriminatoire, et la discrimination étant interdite, on conçoit que la distinction entre suppression et aménagement des

⁸⁰ « Dans le système communautaire, les mécanismes de marché ne sont pas jugés congénitalement incapables de satisfaire des besoins économiques d'intérêt général. Au contraire, le marché bénéficie d'une présomption qu'il appartient au service public de renverser en démontrant une efficacité supérieure à celle du marché. Cette présomption en faveur de l'efficacité du marché constitue le fondement du droit communautaire de la concurrence ». R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTDE*, 1996, p. 230.

⁸¹ Le rôle de la CJCE n'est pas réduit puisqu'elle a édifié la théorie de l'abus « automatique » (ou « structurel »). Les règles de la concurrence n'interdisent pas le monopole, mais bien l'abus de position dominante. La Cour a cependant considéré qu'un monopole équivaut automatiquement à un abus. Voy. par exemple, CJCE, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, *Rec.*, I, p. 5891.

⁸² Afin d'éviter toute méprise, nous utiliserons pour nos développements futurs la numérotation des articles telle qu'elle résulte des modifications du traité d'Amsterdam.

Service public et droit en réseau

monopoles sera souvent subtile »⁸³. On presse donc à l'abolition de ceux-ci. Mais l'article en cause ne concerne que les monopoles à caractère commercial : ils doivent être implantés sur le marché d'un produit et non d'un service. De plus, certains sont encore tolérés sous une surveillance communautaire renforcée⁸⁴. Les monopoles ne peuvent donc être totalement effacés par ce biais.

La seconde voie est l'application complète du droit des articles 81 et suivants TCE sur le droit de la concurrence.

La première branche de cette voie concerne, finalement, le régime juridique exorbitant dont jouissent certaines entreprises publiques⁸⁵. Le droit de la concurrence vise à réaliser l'égalité des chances des entreprises⁸⁶ qui opèrent sur un même marché. On tente ainsi d'effacer les différences quelle que soit leur origine. On impose donc aux entreprises publiques le régime de l'équivalence de comportements, issu directement de l'art. 86 §2 TCE⁸⁷. Comme le souligne P.-P. Van Gehuchten, cette idée signifie tant le comportement de l'entreprise, comme opérateur économique, que « l'équivalence des traitements de ces opérateurs par l'autorité étatique »⁸⁸. Le critère de l'équivalence et, par conséquent, de l'applicabilité des règles du traité est d'abord la qualification d'entreprise de la personne qui preste le service d'intérêt général. Le service public ne peut plus se détacher des règles de la concurrence et du système du marché par des critères formels. Ce qui compte dès lors est la nature économique de l'activité exercée. Des États, des administrations et des collectivités publiques⁸⁹ sont donc considérés comme des entreprises dès qu'ils

⁸³ J. MEGRET, « L'aménagement des monopoles français en exécution de l'art. 37 instituant la CEE », *RTDE*, 1972, p. 559 ; cité par. V. KRONENBERGER, « Les monopoles publics et le droit communautaire : entre neutralisation et justification », *JTDE*, 1998, p. 194.

⁸⁴ Voy. la célèbre affaire du monopole de la distribution de boissons alcoolisées en Suède, que la CJCE a accepté de « légaliser » dans l'arrêt *Franzén* du 23 octobre 1997. (aff. C-189/95, *Rec.*, I, p. 5909). Sur l'analyse du maintien de monopoles neutralisés, Voy. V. KRONENBERGER, *op. cit.*, p. 195 et ss.

⁸⁵ Par souci de clarté, nous utiliserons dès à présent les termes « entreprise publique » pour désigner la personne de droit privé ou de droit public qui est chargée de la gestion d'un service public. Nous avons vu que ces régimes de gestion sont très diversifiés et perdent leur unité. Il ne faut toutefois pas s'y méprendre : les formules d'économie mixte sont telles qu'une entreprise peut être publique, surtout au regard du droit européen qui est très large à cet égard, et ne pas être en rapport avec une telle gestion.

⁸⁶ « ... [U]n système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. » CJCE, 13 décembre 1991, aff. C-18/88, *Régie des télégraphes et téléphones*, *Rec.*, I, p. 5941, §25.

⁸⁷ « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, (...) »

⁸⁸ P.-P. VAN GEHUCHTEN, « V° Entreprises publiques », *Dictionnaire permanent Droit européen des affaires*, Paris, Ed. Législatives, 2002, p. 1199. Comme le stipule notamment l'art. 86 §1, l'égalité de traitement passe d'abord par la transparence des relations entre l'État et ses entreprises publiques. Ce souci a été relayé dans la directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière de certaines entreprises (*JO L* 195 du 29 juillet 1980) Voy. les §§ 16 et ss à propos de cette question.

⁸⁹ Il n'est même pas besoin de jouir de la personnalité juridique. Voy. CJCE, 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c/ République italienne*, *Rec.*, I, p. 2619.

Service public et droit en réseau

produisent et/ou distribuent des biens ou prestent des services⁹⁰. Ainsi, le caractère public⁹¹ ou même privé sans but lucratif ne suffit plus pour justifier un régime dérogatoire au droit commun des entreprises⁹². C'est seulement en sa qualité de puissance publique que l'État (et ses démembrements) pourront être écartés du champ d'application du traité⁹³.

La deuxième branche de l'application des règles concurrentielles aux services publics est celle de l'action de la Communauté européenne visant l'abolition des monopoles publics par la voie de l'art. 86 §3 TCE. Ce dernier stipule que « la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ». Le pouvoir de décider « seule » l'abolition a été contesté par les États dès la promulgation des premières normes en matière de télécommunications. La Cour de justice a cependant rapidement confirmé la compétence, « arrogée » selon certains, de l'institution bruxelloise⁹⁴. Ces directives d'introduction de la concurrence⁹⁵ seront la première

⁹⁰ Cette notion d'activité économique très largement. « (...) [C]onstitue une activité économique toute activité durable qui consiste à produire, transformer, distribuer ou commercialiser un bien ou un service sur un marché donné ». CJCE, 5 octobre 1988, aff. C-196/87, *Steymann, Rec.*, I, p. 6159. Voy. aussi CJCE, 12 septembre 2000, aff. C-180/98 à C-184/98, *Pavlov, Rec.*, I, p. 6451, §75, qui semble donner une définition encore plus large.

⁹¹ « (...) [L]a notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité (...). » CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner, Rec.*, I, p. 1979, §21. Voy. l'arrêt CJCE, 25 octobre 2001, aff. C-475/99, *Ambulanz Glöckner, Rec.*, I, p. 8089 (§§ 19 et ss.) pour ce qui concerne les associations sans but lucratif.

⁹² Le critère de l'activité économique n'en est pas pour autant plus clair puisque la Cour, dans sa jurisprudence, semble signifier que l'activité économique devrait être celle d'un acteur privé. Voy. le § 20 de l'arrêt *Ambulanz Glöckner* précité. Voy. aussi les conclusions de l'Avocat général Jacobs dans l'affaire C-218/00 : « ... qui serait susceptible, au moins en principe, d'être celle d'une entité privée poursuivant un but lucratif » (§ 38). CJCE, 22 janvier 2002, aff. C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C*, non encore publié.

⁹³ « Prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité ». CJCE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *Eurocontrol, Rec.*, I, p. 43, §30. Voy. CJCE, 24 octobre 2002, aff. C-82/01, *Aéroports de Paris*, (non encore publié), §74, pour ce qui concerne la dissociation des fonctions économique et de puissance publique. Il est aussi traditionnel dans la jurisprudence de la Cour d'écarter du champ d'application du droit de la concurrence les fonctions de solidarité. On considère que le lien entre la personne qui cotise et l'organisme percepteur n'est pas marchand. Voy. par exemple CJCE, 7 février 1993, aff. C-159/91 et C-160/91, *Poucet, Rec.*, I, p. 664.

⁹⁴ Voy. CJCE, 11 mars 1991, aff. C-202/88, *République française c/ Commission, Rec.*, I, p. 1223, pour ce qui concerne l'annulation demandée de la directive prévoyant l'abolition du monopole en matière de terminaux de télécom et CJCE, 17 novembre 1992, aff. C-271/90, C-281/90 et C-289/90, *Royaume d'Espagne, e. a. c/ Commission, Rec.*, I, p. 5833, pour ce qui concerne l'annulation de la directive prévoyant la suppression du monopole en matière de services de télécommunications.

⁹⁵ Les directives de libéralisations sont elles-mêmes précédées de reconnaissances mutuelles (cfr. CJCE, 20 février 1979, aff. C-120/78, *Cassis de Dijon, Rec.*, I, p. 649) et d'harmonisation minimale. « Abandonnant ainsi l'harmonisation verticale, détaillée et difficile à manier » (V. HATZOPOULOS, « L'Open Network Provision » (ONP),

Service public et droit en réseau

cause des changements importants que vont connaître les secteurs d'économie publique. Cela concernera surtout les industries en réseau qui sont dotées d'entreprises publiques de taille certaine. En Belgique, le début des manœuvres législatives européennes a poussé à la refonte du droit de ces entreprises.

La loi du 21 mars 1991⁹⁶ a ainsi pour but déclaré de leur conférer une plus grande autonomie de gestion. Le gain de souplesse et d'indépendance semble nécessaire « pour faire face à la concurrence ». On voit donc apparaître les concepts de « société anonyme de droit public » et de « contrats de gestion ». La société anonyme de droit public, couramment appelée « entreprise publique autonome » est une personne morale dont les statuts sont contenus dans une loi, source de droit public. Elle permet à cette personne d'être essentiellement régie par les règles du droit commercial « pour tout ce qui n'est pas autrement prévu »⁹⁷. C'est ainsi que la Régie des Télégraphes et Téléphones est devenue Belgacom, par exemple. On légalise aussi l'engagement de personnel sous contrat de travail, une voie qui sera largement préférée au statut administratif qui demeure pourtant le régime par défaut⁹⁸. Le seul véritable lien qui subsiste vis-à-vis du gouvernement⁹⁹ est un simple contrôle de tutelle et/ou d'information grâce à la présence de commissaires du gouvernement¹⁰⁰ au sein de l'entreprise. La formule du contrat de gestion met littéralement sur pied d'égalité l'entreprise publique et son pouvoir organisateur¹⁰¹. La loi prévoit que ce contrat doit contenir « les règles et conditions spéciales selon lesquelles une entreprise publique autonome exerce les missions de service public qui lui sont confiées (...) » En lui-même, ce contrat de gestion est une innovation qui fait émerger la figure de la « régulation » en droit administratif belge¹⁰².

Libéraliser une industrie en réseau n'est pas chose aisée. Cette structure qui achemine physiquement le bien/service entre l'opérateur et le client est unique en situation de monopole. Il faudrait ainsi imaginer autant de réseaux électrique, ferré, ou de télécommunications que de concurrents sur le marché. La situation a longtemps été considérée comme déraisonnable, le coût même de l'investissement dans un réseau étant à la base de la notion de monopole naturel. On a cependant innové en créant le principe de réseau ouvert, ou de son nom anglophone : *Open Network Provision* (ONP). Il « vise l'instauration du régime

moyen de dérégulation », *RTDE*, 1994, p.69), l'action des institutions européennes relève ainsi d'une conception « en réseau » du droit.

⁹⁶ Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques (*M. B.* du 27 mars 1991). Sur cette loi, Voy. entre autres PH. QUERTAINMONT, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 : du desserrement de l'étreinte étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques », in *Les entreprises publiques autonomes, la nouvelle loi du 21 mars 1991*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 65-88.

⁹⁷ Art. 37 de la loi.

⁹⁸ *Ibid.*, art. 29.

⁹⁹ On rappelle que la loi du 16 mars 1954 prévoit l'autorité directe du ministre pour certaines entreprises (la « catégorie A » (art. 8)). Il est donc véritablement chargé de la gestion journalière de celles-ci.

¹⁰⁰ Art. 23, 24 et 25 de la loi de 1991.

¹⁰¹ Au moins formellement. Le Conseil d'État n'y voit pas un réel contrat et propose le terme de plan de gestion établi en commun. Il s'agit cependant toujours plus d'une collaboration que d'un rapport de gouvernant à gouverné. Voy. les références citées par FR. VAN DER MENSBRUGGHE, « Contributions nationales : Belgique », in J. VANDAMME, FR. VAN DER MENSBRUGGHE (dir.), *La régulation des services publics en Europe*, Paris, éd. ASPE, 1998, p. 57, note n°22.

¹⁰² FR. OST ET M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 93.

Service public et droit en réseau

concurrentiel dans des domaines “noirs” où jusqu’à présent les situations monopolistiques régnaient »¹⁰³. Dans cette idée de mise à disposition de la structure aux concurrents, il y a celle de la distinction entre la détention du réseau et son exploitation (la prestation de services qui s’y base). Le propriétaire du réseau devrait ainsi fournir un accès indiscriminé à des opérateurs économiques ... afin que ces derniers lui fassent concurrence¹⁰⁴. L’ONP à réaliser est d’abord passé par une nécessaire séparation des fonctions de régulateur et d’opérateur. On veut en effet éviter qu’un opérateur puisse être « juge et partie »¹⁰⁵. Ce problème, dans le domaine des télécom, avait déjà été à la base de décisions de jurisprudence. Dans le régime que connaissaient les États avant la libéralisation européenne, l’exploitant du réseau de télécommunication était son gestionnaire et jouissait, dans cette fonction, de certains pouvoirs réglementaires, comme celui des conditions d’utilisation du réseau ou de l’agrément des terminaux pouvant y être connectés. Cette situation a d’abord été interdite par la CJCE¹⁰⁶, avant d’être reprise dans les directives adoptées sur base de l’art. 86 §3 TCE¹⁰⁷. Finalement, le système ONP est la clé d’une logique concurrentielle permettant de remplacer celle du monopole.

§2 ... A la reconnaissance et la « constitutionnalisation »

Jusqu’ici, l’action de la Commission dans la libéralisation des secteurs de réseau a été radicale. Elle a visé dès le départ à introduire une autre forme de régulation des services publics, dont elle ne perçoit que le monopole. C’est en effet dans la seule perspective économique que son approche se réalise. Aidée par la jurisprudence de la CJCE, elle considère que toute activité économique doit s’exercer sur un mode concurrentiel, le caractère public de l’intervention d’intérêt général lui important peu. C’est le libre jeu du marché qui satisfera l’intérêt général, grâce aux innovations, à la minimisation des coûts, au maintien des prix et au niveau de qualité¹⁰⁸ qui doit en résulter¹⁰⁹. A ce titre, la Cour a été dans un premier temps très stricte dans l’application du régime dérogatoire de l’art. 86 §2 TCE. Cet article stipule que les entreprises chargées de la gestion de services d’intérêt économique général¹¹⁰ sont soumises aux règles concurrentielles « dans les limites où l’application de ces règles ne fait pas échec à l’accomplissement en droit ou en fait de

¹⁰³ V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p.67.

¹⁰⁴ Cela peut s’analyser comme une application particulière de la théorie des ressources essentielles qui est issue immédiatement du droit de la concurrence. Voy. P. NIHOUL, *La concurrence et le droit*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁵ V. HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁶ CJCE, 20 mars 1985, aff. C-41/83, *République italienne c/ Commission*, *Rec.*, I, p. 873. Il s’agit d’un recours en annulation de l’Italie (qui connaissait un système similaire) contre une décision de la Commission affectant la situation de British Telecom au Royaume-Uni. Cfr. Décision 82/861/CEE de la Commission du 10 décembre 1982, relative à une procédure d’application de l’art. 86 (ancien) du traité, *JO L* n° 360 du 21 décembre 1982.

¹⁰⁷ Voy. e. a. l’art. 6 de la directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, *JO L* n° 131 du 27 mai 1988.

¹⁰⁸ A. PETRETTO, « The liberalization and privatization of public utilities and the protection of users’ rights: the perspective of economic theory », in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (dir.), *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁹ Il est fort probable qu’une comparaison des situations économiques américaine et européenne a guidé la Commission dans l’application qu’elle a faite des règles de la concurrence contenues dans le Traité.

¹¹⁰ « Etre chargé » nécessite, aux yeux de la jurisprudence, un acte d’habilitation expresse. Il pourrait s’agir de la ratification d’un traité, comme la Convention postale universelle. Voy. CJCE, 10 février 2000, aff. C-147/98 et C-148/98, *Deutsche Post AG*, *Rec.*, I, p. 825.

Service public et droit en réseau

la mission particulière qui leur a été impartie ». Au-delà de la condition de cet échec, il faut encore que le « développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté », ce qui impliquera un examen de proportionnalité classique. Voilà donc un échappatoire doté de deux conditions. La Cour a d'abord exigé que « l'échec de la mission » équivaille à la non viabilité économique de l'entreprise¹¹¹. Cependant, le début des années 1990 a été le théâtre d'un revirement de jurisprudence important. Depuis l'arrêt *Corbeau*¹¹² en effet, il s'agit d'analyser la situation globale dans laquelle l'entreprise chargée du service d'intérêt général se trouve. Dans cette décision, la Cour admet l'existence d'un « noyau dur » de monopole pour l'accomplissement de la mission particulière, qui est formulée comme le contenu du service universel¹¹³. L'approche est encore plus claire dans la jurisprudence *Commune d'Almelo* puisque la Cour y décide qu'il faut « tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations »¹¹⁴. Cette tendance à la reconnaissance des missions d'intérêt général participe d'une reconnaissance plus globale de la limitation du « laisser-faire » concurrentiel¹¹⁵. Le pinacle de cette jurisprudence est sans doute atteint grâce aux arrêts¹¹⁶ du 23 octobre 1997 concernant une action en manquement intentée par la Commission contre Les Pays-Bas, l'Italie, La France et l'Espagne en ce qu'ils maintenaient certains monopoles, notamment d'importation et d'exportation d'énergie. La Cour rejette alors totalement

¹¹¹ Voy. par exemple CJCE, 30 avril 1974, aff. C-155/73, *Sacchi*, Rec., I, p. 409., §15 *in fine*.

¹¹² CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Corbeau*, Rec., I, p. 2533. Voy. Fr. BERROD, A. WACHSMANN, « Les critères de justification des monopoles : un premier bilan après l'affaire *Corbeau* », *RTDE*, 1994, p. 39-61.

¹¹³ Voy. *infra*. « (...) [L]a Régie des postes est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution de courrier, *au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires*, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle » (nous soulignons). Le principe du monopole sur le service universel doit être nécessaire à l'accomplissement des missions. Cela peut être illustré par la récente jurisprudence belge en matière de télécom, même sans référence à l'arrêt cité. La Cour d'appel de Bruxelles a en effet décidé que le fait pour Belgacom de ne pas activer les fonctions de sélection et de présélection (et donc la possibilité de choisir un autre opérateur économique grâce à la technique des préfixes) au motif que l'utilisateur bénéficie du tarif téléphonique social constitue un abus de position dominante. Voy. Bruxelles, 26 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 130, avec la note de A. EVERARD.

¹¹⁴ CJCE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*, Rec., I, p. 1477, ici § 49 *in fine*.

¹¹⁵ La Cour va ainsi accepter, dans des affaires qui n'impliquent aucun service public, un mode de fixation des prix par accords rendus obligatoires par décrets ministériels (plutôt que par libre jeu de l'offre et de la demande) qui correspondraient plus à l'intérêt général. Voy. CJCE, 5 octobre 1995, aff. C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, Rec., I, p. 2283 et CJCE, 1^{er} octobre 1998, aff. C-38/97, *Autotrasporti Librandi*, Rec., I, p. 5292. Voy. l'art. de CHR. LEROY, « L'intérêt général comme régulateur des marchés. A propos de deux arrêts CJCE du 5 octobre 1995 *Centro servizi Spediporto* (C-96/94) et du 1^{er} octobre 1998 *Autotrasporti Librandi* (C-38/97). », *RTDE*, 2001, p. 49-61.

¹¹⁶ CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-157/94, *Commission c/ Royaume des Pays-Bas*, Rec., I, p. 5699; CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-158/94, *Commission c/ République italienne*, Rec., I, p. 5789; CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission c/ République française*, Rec., I, p. 5815; CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-160/94, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, Rec., I, p. 5851. Voy. F. HAMON, « Note de jurisprudence sous CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France* », *AJDA*, 1997, p. 1002.

Service public et droit en réseau

l'argument sur la viabilité économique¹¹⁷. Si discrète l'assertion puisse être, le glissement méthodologique est total puisqu'on écarte les analyses horizontales issues du marché pour un débat sur la justification des valeurs¹¹⁸ que l'entreprise est censée protéger¹¹⁹.

C'est encore au niveau du droit primaire que ce renouveau va se marquer lors de l'adoption du traité d'Amsterdam. Celui-ci insère en effet un art. 16 dans le traité de Rome qui est rédigé ainsi :

« Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union, ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions. »

Cet article, qui apparaît comme « a triumph for ambiguous drafting »¹²⁰, a fait naître le débat entre les partisans de son caractère « politique »¹²¹ et leurs tenants de son contenu juridique¹²². Il a en effet tout de la « règle papillon » : elle annonce le printemps mais son contenu normatif s'envole dès qu'on tente de le saisir. Ce type de norme, bien connu dans le domaine des droits fondamentaux, pourrait être la base d'un effet *stand still*¹²³ par exemple, comme effet médian entre une absence d'effet et l'octroi d'un réel droit

¹¹⁷ « Il n'est pas nécessaire que la survie de l'entreprise soit elle-même menacée ». §43 *in fine* de la décision contre les Pays-Bas.

¹¹⁸ M. ROSS, « Article 16 EC and services of general interest : from derogation to obligation », *European law review*, p. 25.

¹¹⁹ Cependant cette jurisprudence semble contredite par l'arrêt de la Cour du 25 juin 1998 (CJCE, 25 juin 1998, aff. C-203/96, *Dusseldorp, Rec.*, I, p. 4075) qui semble réutiliser des critères plus stricts. Il faudrait en effet démontrer que sans la règle néerlandaise querellée (un droit exclusif dans le traitement des déchets), « l'entreprise en question serait incapable de remplir la tâche qui lui a été confiée » (§ 67 *in fine*). Il y a cependant des distinctions entre les affaires dont il faut tenir compte : les arrêts précités concernaient une action en manquement et les identités des parties (ici un particulier contre un État membre), ce qui implique des conséquences sur la charge de la preuve de l'échec. Voy. M. ROSS, *op. cit.*, p. 27.

¹²⁰ M. ROSS, *op. cit.*, p. 22.

¹²¹ P. NIHOUL, « Les services d'intérêt général », in Y. LEJEUNE (dir.), *Le traité d'Amsterdam, espoir et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 345. Les arguments ne manquent pas : cette disposition est couplée à une déclaration annexée au traité d'Amsterdam qui prévoit « le plein respect de la jurisprudence de la Cour » (une pointe intéressante du « droit en réseau ») et l'article lui-même stipule qu'il doit être mis en œuvre « sans préjudice des art. 73, 86 et 87 », ce qui conduirait à penser que le droit européen des services d'intérêt général appartient déjà à l'acquis communautaire.

¹²² Il pourrait s'agir d'une « disposition d'une vaste portée juridique sur le plan de la programmation, qui, substantiellement, crée une obligation de résultat, tout en laissant la liberté du choix des instruments d'action ». E. M. MILANESI, « Les "services d'intérêt économique général", les entreprises publiques et les privatisations », *RDUE*, 2000, p. 123. Le débat se situe aussi au niveau de la compétence puisque « revigorer » les services publics reviendrait à limiter le contrôle européen sur leur organisation.

¹²³ Cfr. I. HACHEZ, « L'effet standstill : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *A.P.T.*, 2000, p. 31 et ss.

Service public et droit en réseau

subjectif. On bloque cependant sur les conditions de sa mise en œuvre procédurale. Toutefois, grâce aux méthodes d'interprétation téléologique qui sont celles de la Cour, une « conception communautaire » de la promotion de la cohésion sociale ou territoriale réalisée par les services d'intérêt économique général devrait s'installer parmi les « valeurs partagées de l'Union » et être utilisée dans les balances de proportionnalité effectuées par les institutions^{124/125}.

L'adoption de l'art. 16 fait suite aussi à un changement d'attitude de la Commission par rapport aux services publics. Son regard a perdu de sa sévérité. Elle a en effet rédigé deux communications¹²⁶ qui ont été remarquées par la doctrine et qui tentent de concilier ce qui apparaissait contradictoire : l'existence de tels services et les avantages de la concurrence. La Commission semble, dans cet exercice, éviter le thème du conflit de logiques et, comme nous le verrons avec la problématique du service universel, reprendre à son compte les missions des services d'intérêt général et de renouveler les modes de mise en œuvre.

Le climat est donc à la « constitutionnalisation » des services publics¹²⁷, dans lesquels on reconnaît un symbole du modèle social européen. Finalement, c'est l'intervention publique dans l'économie qui se voit ainsi revalidée. Le retour à l'avant-scène des services publics est complet lorsque, dans le cadre du Conseil européen de Nice, les États membres proclament, le 7 décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹²⁸. Celle-ci comporte un art. 36 qui prévoit que :

« L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. »

¹²⁴ « This suggests that the underpinning values guiding such services are to be seen as first-rank horizontally applicable considerations alongside more established fundamentals such as non-discrimination and equal treatment. In addition, the specific reference in Article 16 to the “place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion” indicates both a degree of hierarchical significance and a nudge in the direction of policy ». Ce qui permet encore de confirmer l'utilité d'une analyse sur des thèmes de la pyramide et du réseau ... M. ROSS, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁵ La jurisprudence devrait ainsi relever davantage de la « conciliation » que de la « dérogation ». L. GRARD, « Place et signification de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt général », *Era-Forum/Scripta iuris europaei*, 2002, p. 159.

¹²⁶ « Les services d'intérêt général en Europe », *JO C* n° 281 du 26 septembre 1996 ; et la version mise à jour de 2000, *JO C* n° 17 du 19 janvier 2001. *Adde* le « Rapport sur les services d'intérêt général » (Com(2001) 598 final) présenté au Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001. Ces deux dernières sources se basent explicitement sur l'art. 16 CE.

¹²⁷ Même le premier outil des services publics, l'entreprise publique, renaît au niveau européen grâce à la mise en place d'agences dont le statut et le régime juridiques rappellent ceux des établissements publics en France. Voy. P.-P. VAN GEHUCHTEN, « Secteurs publics et droit communautaire, Quelle constitutionnalisation, de quelles entreprises publiques », *Revue Droit et Société*, 2003 (à paraître)

¹²⁸ Elle a été publiée au *JO C* n° 364 du 18 décembre 2000.

Service public et droit en réseau

Cette inscription fut « l'une des plus rudes et des plus incertaines »¹²⁹. Ce faisant, il s'agit bien d'une déclaration d'intention. L'effet juridique de la Charte a été écarté dès le départ. Il est stipulé par ailleurs que cet article ne crée pas de droit nouveau par rapport à l'art. 16 TCE. Cependant, comme cela s'est vu au niveau des États membres, il est possible que la CJCE donne *a posteriori* une valeur juridique à cette déclaration¹³⁰. L'art. 6 §2 TUE sur le respect des droits fondamentaux favorise ce type de décision. A nouveau, un tel contenu peut s'avérer « gazeux », et, pour tout dire, inutile aux yeux d'un juriste. Dans le regard des plus courageux surgira l'étincelle du principe de *stand still*¹³¹, mais difficilement plus. Cette thèse de l'interdiction de légiférer « à rebours » paraît même étayée par l'art. 34 §1 de cette même Charte qui exprime l'obligation pour l'Union de respecter le niveau qu'a déjà atteint la réalisation d'un droit.

Dans ses plus récents développements, le droit européen des services d'intérêt général prend une tournure plus *hard law*. La Commission, sur le mandat des Conseils européens de Laeken et de Barcelone, a entamé l'examen d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général¹³². Dans sa dernière communication¹³³, la Commission semble s'orienter vers la rédaction d'un livre vert, dont l'objet central sera l'étude de la faisabilité et de la valeur ajoutée d'une telle norme. Il s'agit aussi de créer une consultation publique sur le rôle de l'Union (qui semble jusqu'ici cantonnée à un rôle passif de contrôle et de « permission »), ce qui est conforme à l'idée de « gouvernance » européenne. Ce livre vert serait publié courant 2003.

§3 Nouveaux concepts et nouvelles régulations

Dans une troisième étape, la doctrine s'est rendu compte que la confrontation des logiques n'a pas seulement produit une soumission du service public au joug du droit européen. L'idée d'un droit européen ravageur, ne laissant que ruines fumantes après son passage, relève d'une vue simpliste de la situation. Un auteur en particulier¹³⁴ analyse la capacité de la législation européenne à enrichir la notion de service public, et surtout le régime juridique qui lui est applicable. Si l'on comprend mal qu'il doive promouvoir

¹²⁹ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Témoignages et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, p. 200, cité par L. GRARD, *op. cit.*, p. 158.

¹³⁰ A notre connaissance, le Tribunal de première instance de cette institution s'est déjà lancé dans cette voie à propos des art. 41 (droit à une bonne administration) et 47 (droit à un recours effectif et au juge impartial). TPICE, 30 janvier 2002, aff. T-54/99, *Max-Mobil*, non encore publié.

¹³¹ Voy. O. DE SCHUTTER, « Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général comme instrument de promotion des droits sociaux dans le cadre du marché intérieur », in *L'Europe et les services d'intérêt général*, Académie de droit européen de Trèves, à paraître. Comme le souligne l'auteur, à la lumière de la jurisprudence de la Cour (et notamment un arrêt en matière sociale, CJCE, 29 septembre 1987, aff. C-126/86, *F. R. Giménez Zaera*, *Rec.*, I, p. 3697), il sera difficile de convaincre la Cour de consacrer un tel effet.

¹³² St. RODRIGUES, « Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité : le mandat de Barcelone », *RMCUE*, 2002, pp. 291-298.

¹³³ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur l'état des travaux relatifs à l'examen d'une proposition de directive-cadre sur les services d'intérêt général du 4 décembre 2002, COM(2002) 689 final.

¹³⁴ St. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports*, Paris, Tec&Doc/Lavoisier, 2000.

Service public et droit en réseau

« un objectif de concurrence »¹³⁵, il est clair que le service public voit ses lois générales complétées par celle de la qualité¹³⁶ en vertu du droit européen. L'obligation de qualité est rarement stipulée dans les législations des États membres. Il s'agit donc d'une innovation. Elle est d'abord associée à l'idée de service universel que nous allons analyser dans le chapitre suivant. Ce principe de qualité fait même l'objet d'une attention toute particulière de la part de la Commission qui tente d'établir des critères horizontaux d'évaluation de la performance des services¹³⁷. L'idée d'horizontalité, que l'on peut facilement apparenter à celle du réseau, est encore utilisée dans les législations sectorielles, dont celle des télécom.

Enfin, il est clair que le droit européen change fondamentalement les modes de régulation des services publics. Le mode qui est largement préféré, est celui du marché. Insérer le service public dans le marché, c'est l'obliger à se comporter selon les pressions du consommateur/usager et s'adapter à leurs besoins. Un service public devant se battre pour préserver son financement engendrera sa restructuration certes, mais aussi une production de qualité et à meilleur prix. S'il y a ainsi une régulation du marché, elle se fait « par le bas » et horizontalement. Elle n'est plus le fait d'une action administrative « par le haut » et hiérarchique. Le changement est radical : « [d]ans l'hypothèse fondamentale qui gérait l'ancien mode de régulation du service public, l'étatisation améliorerait la capacité du gouvernement à protéger l'intérêt du consommateur »¹³⁸. Le rôle de la puissance publique n'est pourtant pas effacé. Elle est toujours présente, mais la plupart du temps sous d'autres formes institutionnelles¹³⁹. Son rôle est simplement marginalisé : c'est le libre fonctionnement du marché qui donne le ton. Selon G. Majone, un problème surgit cependant du décalage entre l'innovation politique et ses répercussions institutionnelles. Le marché, que l'on dit unique ou intérieur, est en effet créé à l'échelle européenne. Les institutions régulatrices mise en place ne dépassent jamais l'échelle nationale. La proposition de Majone est originale en ce qu'elle relève parfaitement des idées de droit en réseau et d'horizontalité. Selon lui, s'il faut un organe européen, il ne peut s'agir d'une institution centralisée. L'efficacité de ces institutions impliquera une coordination des institutions nationales existantes. Les rapports qu'elles devront entretenir entre elles sont pareilles aux processus concurrentiels ! « Lorsque les agences se considèrent comme appartenant davantage à un réseau transnational d'institutions poursuivant des objectifs similaires qu'à une bureaucratie nationale, elles sont davantage intéressées à défendre leur indépendance et à mettre leur compétence en valeur. Elles ont, en effet, une bonne raison de conserver leur réputation auprès des autres membres du réseau. Un comportement non professionnel ou à une motivation politique compromettrait leur réputation

¹³⁵ St. BRACONNIER, « La régulation des services publics », *RFDA*, 2001, p. 43-57.

¹³⁶ Elle n'est pas formulée de manière générale, mais on la retrouve dans les directives qui s'appliquent aux secteurs particuliers, dont celui des télécommunications. La première norme est celle contenue dans la directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés de services de télécommunications, *JO L* n° 192 du 24 juillet 1990, en son art. 3 tel que modifiée par la directive 96/19/CEE, *JO L* n° 74 du 22 mars 1996.

¹³⁷ Voy. sa Note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général, COM(2002) 331 final du 16 juin 2002.

¹³⁸ G. MAJONE, « Innovations politiques et retards institutionnels », in J. VANDAMME, FR. VAN DER MENSBRUGGHE (dir.), *op. cit.*, p. 356.

¹³⁹ Elles ne sont pas toujours efficaces. La défense des intérêts des consommateurs a été confiée à des organes d'autorégulation au le bilan est mitigé. Voy. T. PROSSER, « Les institutions protégeant l'intérêt général après les privatisations : l'expérience britannique », *RIDE*, 1997, p. 175 et ss. Voy. aussi H. DUMEZ, A. JEUNEMAITRE, « Les institutions de la régulation des marchés : études de quelques modèles de référence », *RIDE*, 1999, pp. 11 et ss.

Service public et droit en réseau

internationale et rendrait plus difficile toute coopération future »¹⁴⁰. Le droit européen se lance dans cette voie¹⁴¹. Le débat sur la nécessité d'un régulateur européen puissant continue par ailleurs.

Conclusion du chapitre 1

L'objectif de ce premier chapitre était de conforter notre conception classique du service public. Nous avons étudié l'apport qu'a constitué l'émergence de ce concept dans la théorie de l'État. Il a modifié son rôle de manière durable, le critère de service public devenant à la fois l'horizon régulateur de l'action publique et la limite de celle-ci. L'apogée du service public est le paraétatisme de l'État providence. On assiste alors à l'explosion du nombre, des missions et des formes du service public. Le système a pour but d'imposer sa stabilité et l'assurance de jouir de ces services d'importance fondamentale. Il a pour but de réaliser les droits sociaux et est mis en place au nom de la citoyenneté des usagers. Sa figure de proue est sans doute l'industrie des réseaux où il impressionne par son importance économique et symbolique. Cette situation que l'on croyait voir pérenniser ne dura cependant pas. La crise de son efficacité et les critiques idéologiques poussèrent le système du service public à se réformer. Le plus grand facteur de changement fut sans aucun doute le droit européen.

Le traité de Rome a pour vocation la mise en place d'un marché unique, où les biens, les services et les facteurs de production pourraient se déplacer sans entrave sur le Vieux continent. Les situations monopolistiques, caractéristiques du régime exorbitant du service public, sont alors la cible de l'action communautaire. On souhaite que les activités économiques d'intérêt général soient alors reprises par les forces du marché et délaissées par l'*imperium* étatique. Le droit européen modifie la donne de manière presque complète. Dans le régime classique, le service public marchand est voué à disposer d'un statut juridique différent des activités privées car il incarne l'intérêt général qui est lui-même au cœur des motivations étatiques. C'est en raison de cette filiation, parce que le service public est le bras armé des missions étatiques, qu'il doit se démarquer. Dans un rapport de primauté avec les droits internes, le droit européen utilise cependant un critère d'applicabilité essentiellement différent. Il s'agit réellement d'un renversement de perspective : c'est l'acte posé (qui est de nature économique) qui détermine le régime juridique applicable (qui est le jeu du marché), et non pas la nature de la personne. On aperçoit là le moteur fondamental du renversement de la pyramide étatique. Le régime classique était celui d'une croyance indiscutable et indiscutée : « le service public est l'intérêt général ». Le droit européen, quant à lui, est iconoclaste et exige du service public qu'il se justifie. Et c'est une preuve économique qu'il est prié d'avancer.

Seule l'impossibilité d'accomplir la mission d'intérêt général permettrait de justifier un régime dérogatoire. Ce qui était une jurisprudence marginale a toutefois annoncé un retour en force. Ce qui était discussion économique est devenu débat sur les valeurs. Ce qui était obstacle aux yeux de la Commission est devenu un but à atteindre. Puissance étatique et marché sont-ils ainsi appelés à se réconcilier ?

¹⁴⁰ G. MAJONE, *op. cit.*, p. 374.

¹⁴¹ Décision 2002/627/CE de la Commission du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, *JO L* n°200 du 30 juillet 2002, p.38.

Service public et droit en réseau

Le droit européen a causé des bouleversements sur deux voies, celle des structures institutionnelles de régulation des services publics et celle de l'essence du service public elle-même. Cette dernière est la plus intéressante. Elle vise en effet à imposer une formulation inédite des missions de service public : le service universel. Si nous avons surtout étudié la jurisprudence européenne dans notre dernière section, nous aborderons, dans la prochaine, l'étude du droit dérivé.

Chapitre 2 : La nouvelle formulation du service public

COMME PREVU, notre parcours sera jalonné de deux sources qui intéressent directement notre propos : la directive « cadre » 2002/21/CE et la directive « service universel » 2002/22/CE. Ces dernières ont été prises dans le contexte d'une refonte du droit européen des télécom. Toutefois le thème du service universel en cette matière peut être pris en exemple de l'approche européenne des services publics. Dans un premier temps, nous introduirons ces règles dont l'élaboration peut être une illustration parfaite de production en réseau du droit. Nous étudierons par la suite la problématique des Autorités Réglementaires Nationales (ARN) et la directive « cadre » qui stipule le rôle qu'elles devront remplir. Nous terminerons par le service universel et la directive qui lui est consacrée.

Section 1 : Prémisses : le droit européen des télécommunications

Le droit européen classe les services d'intérêt économique général (comme dans l'art. 16 TCE ou l'art. 86 TCE) en 3 catégories :

- 1) Les services d'intérêt économique général régulés au niveau communautaire. On y trouve les secteurs en réseau. On leur applique une législation particulière, tout en maintenant la soumission au droit européen général sur le marché intérieur et la concurrence.
- 2) Les autres services ayant un effet potentiel sur les échanges¹⁴². Il n'existe aucun cadre réglementaire européen. Seule la soumission au droit européen général¹⁴³ (marché intérieur, concurrence ou marchés publics) persiste.
- 3) Les services d'intérêt général non économiques (tels que les systèmes de sécurité sociale ou les services qui impliquent des procédés de puissance publique) ou sans effet sur les échanges commerciaux entre les États membres (pour l'essentiel des services locaux). Seuls les principes généraux de droit européen devront s'appliquer le cas échéant (comme la non-discrimination).

Le secteur des télécom est soumis à un cadre d'une législation sectorielle de la première catégorie. Il semble bien pourtant que cette régulation sectorielle ne soit que transitoire. Elle devrait laisser place à la seule soumission aux règles générales de la concurrence¹⁴⁴. Cette législation est tenue en exemple de règles à adopter dans les autres industries en réseau¹⁴⁵.

¹⁴² Cet effet est un des critères d'applicabilité du droit européen de la concurrence.

¹⁴³ On peut rétorquer qu'il existe une réglementation européenne sur l'eau ou les déchets, mais il ne s'agit cependant pas d'une organisation de marché comme dans le cas des industries de réseau.

¹⁴⁴ Il y aurait ainsi une « *sunset clause* » dans la législation. Cfr. T. PROSSER, « Theorizing utility regulation », *Modern law review*, 1999, p. 167 et ss, cité par J. VANDAMME et FR. VAN DER MENSBRUGGHE, « Synthèse et conclusion générale ».

§1 Une libéralisation exemplaire

Nous l'avons vu, la plupart des pays européens connaissaient, avant les réformes européennes, un système paraétatique de monopole sur les industries en réseau. Le secteur des télécom n'est pas des moindres. Dès le début des années 1980, la Commission européenne eut l'intention d'introduire un schéma concurrentiel dans ce secteur particulier, qu'elle considère de première importance pour l'achèvement du marché unique. En 1987, elle publie un Livre vert¹⁴⁶ contenant le programme qu'elle se propose d'appliquer dans les années à venir. C'est l'heure des premières confrontations de logiques puisque la Commission semble écarter le problème des missions d'intérêt général de l'organisation du secteur. Elle adopte un langage ambigu¹⁴⁷, notamment en préférant au « service public » les termes de « service universel » qui ne paraissent pas avoir de contenu utile. Il s'agit pourtant d'un véritable concentré de ses intentions et l'on peut affirmer que les règles prises aujourd'hui le sont encore dans le prolongement du Livre vert. Les règles qui en découlent sont particulièrement complexes et nombreuses. Le marché des télécom avait déjà fait l'objet d'harmonisations¹⁴⁸ (sur base de l'art. 95 TCE) lorsque la Commission adopte les fameuses directives « terminaux »¹⁴⁹ et « services »¹⁵⁰, sur base de l'art. 86 §3 TCE. Ces directives donnent le tempo d'une danse qui entraîne le Conseil. Celui-ci libéralise les structures¹⁵¹ et introduit le principe ONP. Cette législation de base fut maintes fois retouchée, complétée, élarguée afin de permettre l'accès de nouveaux opérateurs sur le marché, l'interconnexion des réseaux, la mise en place du service universel, ou d'organiser l'ouverture totale à la concurrence¹⁵². Il en résulte une pléthore de normes qui doivent être constamment réévaluées...

in *La régulation des services publics en Europe*, loc. cit., p. 478. Cet auteur fait d'ailleurs la comparaison entre la régulation sectorielle et l'État dans la théorie marxiste. Toute la question réside dans le fait de savoir si le système concurrentiel se maintiendra sans intervention publique, comme le souhaitent certains.

¹⁴⁵ J. STEENBERGEN, « Libéralisation et re-régulation des services universels : les télécommunications comme test de l'approche européenne des services publics », in *ibid.*, p. 441-450.

¹⁴⁶ Communication de la Commission du 30 juin 1987, *Vers une économie européenne dynamique, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*, COM(87) 290.

¹⁴⁷ « Comment ne pas comprendre l'inquiétude qu'a pu susciter la préférence presque systématiquement donnée par la Commission à une terminologie excluant toute référence au service public et être tenté d'en déduire une récusation du principe lui-même (...) ? » R. KOVAR, *op. cit.*, p. 215-216.

¹⁴⁸ Voy. par exemple la Directive du Conseil 86/361/CEE du 24 juillet 1986 concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications, *JO L* n° 217 du 5 août 1986.

¹⁴⁹ Directive de la Commission 88/301/CEE du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications, *JO L* n° 131 du 27 mai 1988, modifiée à plusieurs reprises.

¹⁵⁰ Directive de la Commission 90/388/CEE du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *JO L* n° 192 du 24 juillet 1990, modifiée à plusieurs reprises.

¹⁵¹ Directive du Conseil 90/387/CEE du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture du réseau ouvert de télécommunications, *JO L* n° 192 du 24 juillet 1990, modifiée à plusieurs reprises.

¹⁵² Survenue le 1^{er} janvier 1998 dans la plupart des États membres. L'ouverture à la concurrence est un processus : il n'y a pas de normes définitives. Il existe ainsi une dernière directive « libéralisation » adoptée dans le cadre de la refonte de 2002 : Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *JO L* n° 249 du 17 septembre 2002.

§2 Le réexamen de 1999 et l'enquête de 2000

Dans le courant de l'année 1999, il était prévu que le cadre précédemment en vigueur fasse l'objet d'un réexamen¹⁵³ aux soins de la Commission. Dès sa réalisation¹⁵⁴, ce réexamen annonce une conception particulière de la réglementation. La Commission a en effet constaté « le besoin d'une approche plus *horizontale* de la réglementation des infrastructures de communications »¹⁵⁵. Il est clair qu'il s'agit là d'une manifestation du droit en réseau. Le concept d'approche horizontale n'est pas défini outre mesure. On avance qu'il s'agit d'une réponse au phénomène de la convergence¹⁵⁶ technologique qui rapproche des domaines autrefois distincts¹⁵⁷. Mais le terme convient aussi parfaitement à l'intention de forger la règle sur les besoins du jeu concurrentiel auquel se vouent les opérateurs de télécom. On octroie ainsi au marché une norme au plus près de ses aspirations. La production d'une règle dans le modèle pyramidal du droit est intensément hiérarchique. Elle est marquée par le pouvoir du normateur et par l'*imperium* de la règle. Elle ne s'imagine que dans un rapport linéaire (sans retour) : celui de l'inégalité entre gouvernant et gouverné. Dans le modèle en réseau, par contre, le processus est réticulaire.

Ce processus réticulaire s'identifie ici clairement dans les suites du réexamen de 1999. Dans sa communication, la Commission annonce son intention de procéder à une enquête publique, dont le résultat a fait l'objet d'une nouvelle communication¹⁵⁸ en l'an 2000. La plupart des opérateurs de télécommunications y ont pris part. Ils ont pu formuler leurs critiques ou *satisfecit* aux règles envisagées.

Sur base de ces résultats, le « paquet » de normes adoptées le 7 mars 2002 a été réfléchi¹⁵⁹.

¹⁵³ Le souci d'évaluer une législation est une caractéristique très actuelle du droit. Là aussi, il s'agit d'un élément typique du droit en réseau. Voy. CH.-A. MORAND, « La fin des règles fixes », *Revue européenne des sciences sociales*, 1996, p. 195-205.

¹⁵⁴ Communication de la Commission du 10 novembre 1999, *Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés - Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications*, COM (1999) 539.

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. iii. Nous soulignons. Voy. aussi pp. 13, 14, 16, 24 et 46

¹⁵⁶ A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, « Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques », *CDE*, 2002, p. 249.

¹⁵⁷ Grâce à la numérisation, on peut aujourd'hui faire passer des communications téléphoniques sur un réseau câblé et transmettre des images télévisées par le biais des lignes téléphoniques, etc. Ce phénomène explique le champ d'application du nouveau cadre réglementaire qui vise toute forme de communication électronique. Le problème de la convergence est largement traité par la doctrine. Elle appelle à une « mise à jour cognitive du droit ». Voy. J. DE MUNCK, « Les changements cognitifs et organisationnels dans la régulation des télécommunications », *Carnets du centre de philosophie du droit*, 1996, n°30.

¹⁵⁸ Communication de la Commission du 26 avril 2000, *Résultats de la consultation publique sur le réexamen 1999 du cadre des communications et lignes directrices pour le nouveau cadre réglementaire*, COM(2000) 239.

¹⁵⁹ Cette préoccupation pour l'évaluation et la réadaptation du cadre n'est pas écartée par les normes du 7 mars 2002. Le nouveau cadre réglementaire fera l'objet d'un réexamen avant le 25 juillet 2006. Voy. l'art. 25 de la directive « cadre ».

§3 Les directives du 7 mars 2002

Les normes européennes en matière de télécommunications avaient l'aspect d'une jungle, et pas seulement aux yeux du profane. L'intention issue du réexamen de 1999 est d'y tracer de belles avenues, dotées de carrefours et de panneaux de signalisation. Il faut remarquer que ces normes traduisent parfaitement les deux hypothèses du droit post-moderne¹⁶⁰. Il s'agit d'abord de l'hypothèse de l'anti-modernité. Elle est caractérisée par la négociation (l'enquête publique) et par le souci de souplesse et d'adaptabilité (des directives au plus près des nécessités du marché). Mais il s'agit aussi de l'hypothèse post-moderne comme hyper-modernité. Il s'agit alors de rationaliser les dispositifs normatifs. Dans l'intention d'unifier les normes applicables au secteur des télécom, on retrouve le projet qui sous-tend les codifications : simplifier, condenser, synthétiser et rassembler. Il faut en effet ramener le nombre de normes applicables (plus d'une vingtaine) à 5 directives que la Commission propose au Conseil et au Parlement d'adopter sur base de l'art. 95 TCE.

Les directives du 7 mars 2002 se distinguent d'abord par leur appellation et le champ d'application qui en découle. Elles ont en effet vocation à régir les « communications électroniques ». Il s'agit ici d'un reflet du problème de la convergence. Elles s'appliqueront donc aussi dans le domaine des moyens de communication à contenu (télévision, radios) dont les réseaux sont capables d'acheminer des signaux électromagnétiques¹⁶¹. Le droit européen parvient ainsi à atteindre un secteur sensible aux yeux des États membres, sans pour autant régler la question des contenus. Doivent être considérées comme appartenant au même projet de codification :

- Notre directive « cadre » précitée : elle est la base sur laquelle repose les directives suivantes.
- La directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (*JO L* n° 108 du 24 avril 2002) : elle régit la question du comportement des opérateurs au regard de leurs concurrents.
- La directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux de communications (*JO L* n° 108 du 24 avril 2002) : elle traite de l'entrée sur le marché des entreprises.
- Notre directive « service universel » précitée : elle concerne l'ensemble des exigences d'intérêt général auquel devront se soumettre les opérateurs sur le marché.
- La directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (*JO L* n° 201 du 31 juillet 2002) : bien qu'adoptée plus tard dans l'année, elle faisait partie du groupe de directives présentées par la Commission. Elle aborde le problème de la vie privée dans le nouveau contexte.

¹⁶⁰ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, pp. 659-690.

¹⁶¹ Voy. les définitions de l'art. 2, a) de la directive « cadre ». *Adde* M. LIBERTUS, « The EU regulatory framework for electronic communications and the Commission's proposal for a decision on a regulatory framework for radio spectrum in the community. Concerns of and consequences for public broadcasters in the EU », *International Journal of communications law and policy*, 2001, n°6

Service public et droit en réseau

Comme le stipule le réexamen de 1999, il faudra tenir compte des « mesures d'accompagnement non contraignantes ». Dans l'esprit de la Commission, les sources de droit non obligatoires ont donc un rôle tout aussi important que les autres¹⁶².

L'ensemble de ces directives devra être transposé en droit national le 25 juillet 2003, ce qui ne semble pas chose aisée dans le contexte fédéral belge¹⁶³.

Après ce tour d'horizon du droit européen des télécommunications, abordons la question des autorités réglementaires nationales et du rôle que leur réserve la directive « cadre ».

Section 2 : La régulation indépendante des services publics

Le passage du système paraétatique de monopole dans le secteur des télécommunications à celui d'un marché concurrentiel eut une conséquence institutionnelle : la mise en place d'instances de régulation indépendante¹⁶⁴. Pour l'économiste, cette évolution de la forme de l'État dans son rapport au marché marque un réel changement de paradigme : le passage de la réglementation à la régulation¹⁶⁵.

§1 Le rôle ambigu du droit européen dans son apparition

On affirme souvent que l'apparition d'une régulation indépendante des services publics est exigée du droit européen¹⁶⁶. Cette idée doit être remise en question. La seule exigence institutionnelle que pose le droit européen est un principe qu'il tient pour fondamental : la distinction entre opérateur et régulateur. On l'a vu, cette obligation a été stipulée pour la première fois dans la directive « terminaux »¹⁶⁷ de 1988, avalisant ainsi la jurisprudence de la CJCE. Elle a été maintenue et reprise dans d'autres législations sectorielles.

Appliqué à la lettre, il suffirait simplement que l'entreprise publique ne soit pas dotée de pouvoirs réglementaires. Ou qu'au sein de l'exécutif, le ministre chargé des entreprises publiques ne soit pas aussi responsable de la surveillance du secteur économique au sein duquel une ou plusieurs entreprise(s)

¹⁶² Voy. p. vi de la Communication de 1999 sur le réexamen du cadre réglementaire.

¹⁶³ D. STEVENS, C. UYTENDAELE, P. VALCKE, « De implementatie van de communicatierichtlijnen in België: kwintet of kakofonie? », *Computerrecht*, 2003, (à paraître).

¹⁶⁴ Ce qui ne se passe pas toujours sans heurts. Voy. pour le cas de la France l'analyse de J. CHEVALLIER, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA*, 1996, p. 909-951

¹⁶⁵ E. COHEN, « De la réglementation à la régulation : histoire d'un concept », *Problèmes économiques*, 20 septembre 2000 (n°2680), p. 1.

¹⁶⁶ « (...) [La] formule [de l'autorité administrative indépendantel semble devoir se généraliser, comme si les États devaient interpréter le principe de séparation régulateur/opérateur en y ajoutant celui de la séparation État/régulateur. Une telle interprétation peut surprendre dans la mesure où aucun acte communautaire n'impose l'"externalisation" du régulateur par rapport à l'État. » ST. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe ...*, loc. cit., p. 275.

¹⁶⁷ Art. 6 de la directive précitée.

Service public et droit en réseau

publique(s) opère(nt)¹⁶⁸. La plupart des États membres préfèrent maintenir leurs participations dans leurs entreprises publiques et mettre en place une institution administrative indépendante, modèle le plus répandu. Ils se retrouvent en réalité dans le dilemme entre la privatisation, interdite par le Traité¹⁶⁹, et la délégation de pouvoirs réglementaires, celle-ci n'étant jamais spécifiquement stipulée dans les sources de droit dérivé¹⁷⁰. C'est dans ce type de situation que l'action européenne est la plus ambiguë vis-à-vis des privatisations¹⁷¹.

La directive « cadre » analysée ne clarifie pas la situation. Toutefois, il est certain qu'on souhaite la situer dans le prolongement du principe de distinction opérateur/régulateur. Son art. 3, §2 stipule en effet que :

« Les États membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques.

L'article ajoute cependant une phrase qui peut sembler être la base juridique européenne d'une indépendance :

Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part. »¹⁷²

¹⁶⁸ L'une et l'autre de ces hypothèses ont été très rapidement soit interdite, soit tenue pour soupçonneuse par la jurisprudence de la Cour. Nous avons déjà cité l'affaire C-41/83 du 20 mars 1985 concernant la situation de British Telecom. Les arrêts Decoster et Taillandier remettent en cause l'organisation du gouvernement français par rapport à son entreprise publique dans le même domaine des télécom. CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-69/91, *Decoster*, *Rec.*, I, p. 5335 et CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-92/91, *Taillandier*, *Rec.*, I, p. 5403.

¹⁶⁹ L'art. 295 du Traité de Rome stipule en effet : « Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété des États membres ».

¹⁷⁰ La question de savoir si les institutions européennes se sentent limitées dans leurs intentions par les droits constitutionnels des États membres reste ouverte. Voy. par exemple, la formulation équivoque du considérant n°9 de la directive 97/51/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, *JO L* n°295 du 29 octobre 1997 : « (...) cette exigence d'indépendance est sans préjudice de l'autonomie institutionnelle et des obligations constitutionnelles des États membres (...) ». L'exigence formulée ne l'est pourtant pas sans poser ce type de problème !

¹⁷¹ Le rôle de la Commission à cet égard a été épinglé à maintes reprises. Voy. A. VERHOEVEN, « Privatisation and EC law : is the European Commission « neutral » with respect to public versus private ownership of companies », *International and comparative law quarterly*, 1996, p. 861-887 ; W. DEVROE, « Privatizations and community law : Neutrality versus policy », *CMLR*, 1997, pp. 267-306 ; M. KARPENSCHIEF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA*, 2002, pp. 95-103.

¹⁷² Voy. aussi l'art. 11, §2 sur les droits de passage de cette même directive.

Service public et droit en réseau

« Comment dissocier en effet le rôle de l'État-régulateur de celui de l'État-actionnaire pour qu'il ne soit pas de fait juge et partie ? »¹⁷³ Un même trouble est produit par la définition de l'autorité réglementaire nationale qui est définie comme :

« L'organisme ou les organismes chargés par un État membre d'une quelconque des tâches de réglementation assignées par la présente directive et dans les directives particulières. »¹⁷⁴

Cette formulation laisse croire à l'existence ou la nécessité d'une délégation de pouvoir à une personne distincte du gouvernement. Tout concourt donc à conclure qu'il existe une obligation européenne de l'indépendance politique de l'ARN.

Cependant, une telle interprétation doit être écartée, malgré le caractère équivoque de la directive. L'indépendance totale de l'autorité réglementaire nationale vis-à-vis du pouvoir politique, même si ce dernier ne contrôle plus d'opérateur, fut proposée par le Parlement dans le cadre de la procédure de codécision. L'amendement fut rejeté par le Conseil¹⁷⁵.

En Belgique, une loi du 17 janvier 2003 réforme la loi organique de l'agence de régulation du secteur des télécommunications¹⁷⁶ : l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications (IBPT). Selon les travaux préparatoires, il s'agit de scinder les fonctions de « régulation et de réglementation (options politiques) »¹⁷⁷ dans le domaine des télécommunications. L'Institut était géré par le ministre compétent en matière de télécommunications. Dans le nouveau régime, un Conseil de 4 personnes prend la relève¹⁷⁸. Il est composé, à parité linguistique, d'un président (à voix prépondérante) et de trois membres ordinaires, nommés « en vertu de leur compétence, de leur intégrité et de leur indépendance »¹⁷⁹. De cette manière, ils ne peuvent avoir de lien avec les entreprises actives sur le marché¹⁸⁰. La loi maintient un contrôle de tutelle de la part du gouvernement qui permet la suspension de « l'exécution de certaines décisions » par lesquelles l'Institut viole la loi ou blesse l'intérêt général¹⁸¹.

§2 Les règles européennes du statut de l'indépendance

Le droit européen a lui-même établi des précisions sur le statut dont doit jouir l'ARN pour confirmer son indépendance vis-à-vis des opérateurs. La plupart de ces règles sont issues des annexes des directives du

¹⁷³ ST. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe ...*, *loc. cit.*, p. 275. Voy. son analyse sur l'évolution vers un principe de dissociation des fonctions de régulateur et d'actionnaire : pp. 276-277.

¹⁷⁴ *Ibid.*, art. 2, g).

¹⁷⁵ A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, p. 259. Voy. les références de la note infrapaginale n°56.

¹⁷⁶ Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M. B.* du 24 janvier 2003. Son entrée en vigueur est soumise à la publication de plusieurs arrêtés royaux. Elle modifie en profondeur les art. 71 à 79 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques.

¹⁷⁷ Projet de loi relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n°1937/001, p. 3.

¹⁷⁸ Art. 16 et ss. de la loi du 17 janvier 2003.

¹⁷⁹ *Ibid.*, art. 17, §3.

¹⁸⁰ *Ibidem*, al. 2.

¹⁸¹ *Ibid.*, art. 15.

Service public et droit en réseau

cadre précédent. Il paraît peu probable que ces dispositions, même non reprises explicitement, soient définitivement écartées du nouveau régime. Tout d'abord, la directive « cadre » reprend les principes de base que la première directive ONP¹⁸² avait posés à l'égard des ARN : compétence, impartialité et transparence¹⁸³. Les garanties suivantes illustrent ces principes¹⁸⁴ :

- 1) Le personnel ne doit pas avoir de lien avec les entreprises actives sur le marché.
- 2) La rémunération du personnel de l'autorité doit être fixe. Pour garantir l'impartialité, la rémunération ne peut dépendre du nombre d'inspections ou du résultat des prestations effectuées.
- 3) Les moyens requis par l'exercice des fonctions doivent être mis à disposition de l'organisme.

§3 Fonctions de l'autorité réglementaire nationale

L'ARN doit accomplir une multitude de tâches. Sa première fonction est l'application des règles, qu'elles soient d'origine européenne ou nationale. Dans le cadre de cette fonction d'application, l'ARN doit tenir compte des objectifs que la directive cadre établit dans son art. 8. Il s'agit de :

- Promouvoir la concurrence : l'ARN doit contenir les distorsions et éliminer les limitations du libre jeu du marché par les opérateurs puissants¹⁸⁵. Pour ce faire, elle peut les soumettre à des obligations *ex ante*¹⁸⁶, tant sur les marchés « de gros » (entre entreprises) que « de détail » (entre entreprises et consommateurs)¹⁸⁷. Le comportement et les décisions de l'ARN doivent ici trouver un équilibre entre sécurité juridique (des obligations claires et précises) et flexibilité (l'adaptation des mesures à la « maturation » du marché)¹⁸⁸.
- Promouvoir le marché intérieur : l'ARN doit supprimer les derniers obstacles d'un marché au niveau européen ; encourager la mise en place de réseau transeuropéens¹⁸⁹ et l'interopérabilité des services paneuropéens ; veiller à l'absence de discrimination dans le traitement des entreprises et coopérer tant avec les ARN des autres États membres que la Commission afin d'initier une culture réglementaire européenne¹⁹⁰.
- Promouvoir les intérêts des consommateurs : il s'agit surtout de la mise en place du service universel et de la protection de la vie privée.

¹⁸² Directive 90/387/CEE précitée.

¹⁸³ Art. 3, §§ 1 et 3 de la directive « cadre ». On l'a vu, ces principes sont les critères de sélection des membres du futur conseil de l'IBPT en droit belge.

¹⁸⁴ Voy. l'annexe V de directive 98/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 février 1998 concernant les équipements terminaux de télécommunications et les équipements de stations terrestres de communication par satellite, incluant la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *JOL* n° 74 du 12 mars 1998.

¹⁸⁵ Il s'agit des entreprises en position dominante sur le marché. C'est l'ARN qui a pour mission de les désigner. Voy. l'art. 16 de la directive « cadre » sur la procédure d'analyse du marché. Cette désignation est soumise au veto éventuel de la Commission. Voy. *ibid.* art. 7, §4.

¹⁸⁶ Pour un exemple de ces obligations, voy. l'art. 8 de la directive 2002/19/CE (directive « accès »). *Adde* l'art. 17 de la directive « service universel ».

¹⁸⁷ Voy. A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, p. 286 et ss.

¹⁸⁸ D. STEVENS, C. UYTENDAELE, P. VALCKE, *op. cit.*

¹⁸⁹ Cette tâche doit être mise en rapport avec les art. 154 à 156 TCE qui concernent les réseaux transeuropéens.

¹⁹⁰ Respectivement art. 8, §§ a), b), c), et d).

Service public et droit en réseau

Ces objectifs doivent être réalisés en respectant les principes que la Commission a élaborés dans sa communication¹⁹¹ sur le réexamen de 1999. Ces principes sont considérés comme fondamentaux dans l'approche européenne de la régulation du marché. Outre que la réglementation des ARN doit reposer sur des objectifs politiques clairement définis (que l'on retrouve à l'art. 8 de la directive « cadre »), qu'elle soit technologiquement neutre (on ne peut favoriser une technologie par rapport à une autre)¹⁹², qu'elle soit flexible¹⁹³, cette réglementation doit aussi être réduite au minimum nécessaire. Ce principe n'est pas exprimé dans la directive, sinon par l'idée générale de proportionnalité des mesures¹⁹⁴. « [L'intervention publique n'est justifiée que si le marché ne fonctionne pas efficacement (...)] »¹⁹⁵ Cela illustre clairement le résultat des politiques néolibérales de dérégulation menées par les institutions européennes. Le principe implique l'utilisation de la formule de co-réglementation : l'autorité publique fixe les objectifs et les acteurs du marché choisissent les moyens qu'ils préfèrent pour y parvenir¹⁹⁶. Enfin, cette réglementation doit être appliquée aussi près que possible des activités¹⁹⁷. Ce cinquième principe, non stipulé mais mis en œuvre par le droit communautaire dans son ensemble, « illustre le rôle des ARN qui sont les mieux placées pour tenir compte de l'état des marchés dans les États membres (...). »¹⁹⁸

On ne peut cependant réduire le rôle de l'ARN à la seule application des règles. Elle doit en effet remplir une fonction (quasi-)juridictionnelle. On remarquera encore que les principes fondateurs de la modernité juridique semblent à nouveau mis entre parenthèses. Si cette autorité se distingue déjà par son indépendance administrative, elle pose maintenant question dans l'application du principe de séparation des pouvoirs. Il ne s'agit bien sûr que de « magistrature économique » à un niveau très spécialisé. Une telle concentration de tâches est cependant étonnante. La directive prévoit que l'ARN doit être compétente pour régler des litiges entre opérateurs de télécommunications sur les règles dont elle assure l'application¹⁹⁹. C'est dans un but évident d'efficacité que ces compétences lui sont conférées²⁰⁰ : l'autorité connaît ces règles très techniques, elle doit rendre sa décision dans un délai maximum de 4 mois²⁰¹ et peut même

¹⁹¹ Voy. les pages 13 à 16 de cette communication. Voy. A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, p. 252 et ss. sur l'obligation de suivre ces principes.

¹⁹² Voy. l'art. 8, §1, al. 2 de la directive « cadre ».

¹⁹³ Objectif sans doute contradictoire avec l'obligation de sécurité juridique, il est rendu possible par les sources de *soft law*. Voy. A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, pp. 253-254.

¹⁹⁴ Art. 8, §1, *in fine*.

¹⁹⁵ A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, p. 253.

¹⁹⁶ *Ibidem*. On retrouve cette idée de co-réglementation dans le considérant 48 et l'art. 33, §2 de la directive « service universel ».

¹⁹⁷ Selon R. QUECK, cette exigence augmente le pouvoir des ARN en ce qu'elle rend floue la séparation entre production et application des règles. Voy. « The future of national telecommunications regulatory authorities », *Info*, 2000, p. 253.

¹⁹⁸ A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, p. 255.

¹⁹⁹ Art. 20 de la directive « cadre ».

²⁰⁰ R. QUECK, *op. cit.*, p. 257.

²⁰¹ Art. 20, §1.

Service public et droit en réseau

refuser de siéger si d'autres voies s'avèrent plus utiles au regard des objectifs de l'art. 8 de la directive²⁰². Les parties peuvent, en tous cas, décider d'utiliser les voies juridictionnelles traditionnelles²⁰³. Comme toute décision de l'ARN, celle rendue dans le cadre d'un litige doit pouvoir faire l'objet d'un recours « efficace » (normalement non suspensif) « auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées » « qui peut être un tribunal »²⁰⁴.

Finalement, une autre fonction intéressante confiée à l'ARN est celle de vecteur d'information. On sait l'importance de l'information dans un marché globalisé. Elle permet de prendre des décisions proches de l'*optimum* économique. Voilà ainsi l'autorité réglementaire assigné à un rôle quasi-managérial vis-à-vis des entreprises actives sur le marché. Il s'agit en effet de publier « les informations susceptibles de contribuer à l'instauration d'un marché ouvert et concurrentiel »²⁰⁵. Ces informations (techniques ou financières) sont recueillies auprès des acteurs économiques (soumis à une obligation de bonne foi dans la divulgation) et auprès des ARN d'autres États membres via la Commission.

La deuxième grande innovation dans le champ du droit européen des services publics est celle du service universel que nous analysons dans la section suivante.

Section 3 : Le service universel en droit européen des télécommunications

Le service universel n'est pas un concept que l'on peut appréhender aisément. Son contenu et ses modes de fonctionnement et de financement, longtemps dans les limbes du droit positif, ont permis au service universel d'évoluer au gré des vents du débat sur l'intervention publique dans l'économie²⁰⁶. Pour la Commission, il s'agit de l'ensemble des obligations d'intérêt général auxquelles doivent se soumettre les opérateurs d'un marché²⁰⁷. Il est clair qu'à ses yeux, le service universel est un adjuvant de la libéralisation qu'elle mène²⁰⁸. Le problème posé par cette politique est la pénétration du service visé au sein de la société. Le système de monopole du service public, agissant pour le bien commun et soumis à l'obligation d'égalité, semblait être la meilleure solution pour atteindre toutes les couches sociales et toutes les zones géographiques de l'État. La libéralisation implique cependant un comportement commercial des entreprises présentes sur le marché, au risque de délaisser les segments non ou peu rentables de celui-ci. Il s'agit du risque de l'écrémage. Dès lors, « universaliser » le service paraît être LA solution. Mais la question du chemin vers l'universel vient dominer les débats. Selon certains, l'idée d'« obliger » est dépassée puisqu'un

²⁰² *Ibid.*, §2.

²⁰³ *Ibid.*, §5.

²⁰⁴ Art. 4 de la directive « cadre ».

²⁰⁵ Art. 5 de la directive « cadre ». Voy. les §§ 1, 2 et 4.

²⁰⁶ C. R. BLACKMAN, « Universal service: obligation or opportunity? », *Telecommunications policy*, 1995, p. 171 : « (...)the stuff of myth, a slippery and ideological concept which has been used and manipulated by different parties to support their own and special treatment. »

²⁰⁷ Voy. sa communication de 1996 sur les services d'intérêt général en Europe précitée.

²⁰⁸ Voy. W. SAUTER, « Universal service obligations and the emergence of citizens' rights in european telecommunications liberalization », in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (dir.), *op. cit.*, pp. 117-143.

Service public et droit en réseau

marché, à terme, s'intéressera nécessairement à tous les segments qui le composent²⁰⁹. Pour d'autres encore, le service universel est, par rapport au système du service public, un fruit qui tombe bien loin de son arbre²¹⁰. Le système du service universel, tel qu'il existe aujourd'hui en droit européen, est celui du rattrapage des activités d'intérêt public par le marché. Nous sommes face à l'exemple parfait de la logique du réseau dans le domaine des services publics : une structure horizontale remplace l'imposition hiérarchique des missions d'intérêt général confiées au monopole. On a finalement fait apparaître un « tiers secteur »²¹¹. Il n'est ni simplement privé (puisqu'il ne poursuit pas seulement des fins commerciales), ni simplement public (au sens organique du terme)²¹². Le « tiers secteur » est celui qui prend en charge²¹³.

Les incertitudes suscitées par la notion de service universel proviennent de son origine étrangère à l'Europe et de sa réception dans un contexte très différent. Nous analyserons ultérieurement les règles adoptées au niveau européen.

§1 Une origine paradoxale

Les termes de « service universel » apparaissent au 19^{ème} siècle dès la fin de la validité des brevets sur la technologie du téléphone²¹⁴. Les termes sont utilisés pour démontrer un « avantage concurrentiel du monopole ». Il s'agit du « Bell system », stratégie de l'entreprise AT&T et de son président Theodor Veil. En cette aube du nouveau siècle, le marché des télécommunications se retrouve dans une situation déplorable : chaque entreprise dispose d'un réseau qu'elle refuse de connecter aux autres. Si bien que pour pouvoir contacter des personnes sur d'autres réseaux, il faut contracter autant d'abonnements. Le système Bell propose un service universel ... de l'interconnexion, chose que l'on considère acquise aujourd'hui. Le service universel est donc un argument dans la mise en place d'un monopole (ou d'une position dominante à tout le moins). En 1982, lorsque la jurisprudence américaine ordonne le *break up* d'AT&T en un ensemble de 8 entreprises (les « Baby Bells »), c'est le service universel ... de l'accès qui est utilisé dans l'argumentation. Finalement, cette notion aura servi tant à édifier qu'à déconstruire un système monopolistique. L'histoire se complique encore lors de l'adoption des réformes du droit américain des télécommunications dans les années 1990. Le *Telecommunications Act* de 1996 adopte en effet la voie de

²⁰⁹ Le discours des néolibéraux peut être très virulent à cet égard. Voy. par exemple J. BROWNING, « Universal service (an idea whose time is past) », *Wired*, n°2.09, 1994, p. 102-54. On discerne chez eux que le service universel est (encore !) « inextricably linked to an archaic, centralized, paternalistic, and discredited approach to government », selon les mots d'un opposant à l'auteur cité : R. GLASER, « Universal service does matter », *Wired*, n°3.01, 1995

²¹⁰ Ce qui produit des travaux scientifiques aux présupposés discutables : M. DEBENE, O. RAYMUNDIE, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA*, 1996, pp. 183-191.

²¹¹ M. FREEDLAND, « Law, public services, and citizenship – New domains, new regimes ? », in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (dir.), *op. cit.*, pp. 1-34.

²¹² Conformément au principe de neutralité du droit européen que l'on a exposé (art. 295 TCE), le caractère public ou privé du prestataire du service universel importe peu.

²¹³ On retrouve là une définition jurisprudentielle des services d'intérêt économique général : une activité économique grevée de charges particulières. On la retrouve à chaque application de l'art. 86 §2 TCE.

²¹⁴ P. BARBET, A. GONZALEZ, « La notion de service universel dans les télécommunications : évolution et nécessité d'une nouvelle définition », *RIDE*, 1999, pp. 59-75

Service public et droit en réseau

réelles obligations que les entreprises doivent supporter²¹⁵. Il ne s'agit plus simplement de créer le service universel par une politique « pure » de libéralisation.

L'histoire récente montre que la question du service universel se pose aujourd'hui dans les ordres juridiques tant américain qu'europpéen. Il s'agit cependant du seul parallèle que l'on peut tracer puisqu'en Europe, le service universel est voué à remplacer le système du service public²¹⁶. Il s'agit d'un véritable « chiasme »²¹⁷ en ce que le service universel pose la question de la libéralisation en Europe, mais pose la question du service public aux Etats-Unis ! Là-bas, c'est la répartition sociale des fruits portés par les nouvelles technologies qui ont posé cette question comme un défi. Ici, c'est l'utilité du marché comme système efficace de diffusion d'un bien qui est au centre des débats. La réception européenne n'est donc pas un événement qui laisse facilement percevoir son résultat.

§2 Une consécration législative qui se fait attendre

Les termes de « service universel » apparaissent assez tôt en droit européen. Cependant, dans les premiers instruments, ils ne paraissent pas avoir de contenu précis. Ainsi, le Livre vert de la Commission sur la libéralisation des télécommunications²¹⁸ de 1987 tente seulement de dégager « un compromis équitable entre l'orientation des coûts et l'objectif du service universel ».

Par la suite²¹⁹, le concept tend à se remplir d'un certain contenu. On finit par y voir la garantie de l'accès au réseau, à prix abordable et de qualité moyenne. Il s'agit donc de l'universalité du service de base. Nous sommes au début des années 1990 et le service universel est une Arlésienne juridique : on en parle beaucoup mais personne ne l'aperçoit. Il est possible que dans le regard de la Commission, une simple politique de libéralisation aboutira au service universel. Les entreprises en concurrence dans le domaine

²¹⁵ La réforme n'a qu'une apparence d'ambition puisqu'elle laisse trop de questions à l'appréciation de l'administration américaine (la FCC). On l'a dit « inachevée ». Voy. FR. VAN DER MENSBRUGGHE, « Service universel : l'œuvre inachevée du législateur américain », *RIDE*, 1997, pp. 351 à 388

²¹⁶ Certains observateurs ont définitivement adopté la locution de « service universel » pour désigner les « anciennes » entreprises de service public, comme s'il pouvait exister un sens organique à ces termes ! Voy. par exemple A. BUZELAY, « De la dérégulation des télécommunications dans l'Union : de l'usager contraint par le monopole au service public contraint par la concurrence », *RMCUE*, p. 24.

²¹⁷ « (...) celui d'une Europe du Welfare State pour laquelle le service universel apparaîtrait comme le succédané appauvri du service public, face à un libéralisme américain en quête d'une équité sociale fondatrice d'une société nouvelle ». L.-L. CHRISTIANS, « Vers un service universel contextualisé », in P. NIHOUL (dir.), *Telecommunications and Broadcasting Networks under EC Law : The Protection Afforded to Consumers and Undertakings in the Information Society*, Series of Publications by the Academy of European Law, Trier, Köln, Bundesanzeiger, 2000, p. 189. Voy. aussi FR. VAN DER MENSBRUGGHE, « Service universel : l'œuvre inachevée du législateur américain », *op. cit.*, p. 364.

²¹⁸ *Vers une économie européenne dynamique. Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*, COM(87) 290 final.

²¹⁹ La Commission fut même tentée de remplacer le thème du service universel par celui de « réseau universel », qui est bien plus orienté vers les entreprises. Voy. W. SAUTER, *op. cit.*, p. 130.

Service public et droit en réseau

des télécommunications feront baisser les prix et amélioreront la qualité du service. Ces éléments tendront à rendre la technologie plus accessible à tous²²⁰.

Le service universel, du cœur d'une politique, entame sa transformation en dispositif juridique par une résolution²²¹ du Conseil de 1994. Pour la première fois, il s'agit de permettre activement un accès à un service minimal. On fonde le système sur 3 principes : universalité, égalité et continuité. On a beaucoup glosé sur la question de l'universalité. Faut-il y voir l'universalité géographique ou sociale²²² ? La question reste ouverte. Cette résolution est cependant à marquer d'une pierre blanche puisqu'elle ouvre la voie vers un dispositif législatif en matière de service universel²²³.

L'émergence d'un système légal date de 1997 et 1998. Des directives sont prises et mettent en place les obligations de service universel auxquelles doivent se soumettre les opérateurs de télécommunications. La première²²⁴, qui porte d'abord sur la matière de l'interconnexion, règle la question des coûts du service universel. La seconde²²⁵ contient les premières règles matérielles qui en déterminent le contenu²²⁶.

Ce qu'il faut souligner, c'est la précocité de la jurisprudence de la CJCE par rapport aux normes adoptées par les institutions. Pour la Cour, un service d'intérêt économique général au sens de l'art. 86 §2 TCE se définit, matériellement, comme un service universel²²⁷. Un droit administratif propre à un État membre aurait sans aucun doute caractérisé un service public par les obligations auxquelles il doit être soumis : égalité, continuité, adaptabilité. Ici, on retrouve le peu de considération du droit européen pour ces aspects

²²⁰ Il est fort probable que la Commission ait raison dans une certaine mesure. Dans les pays où une politique de libéralisation a poursuivi ses deux objectifs traditionnels de réduction de prix et d'augmentation du choix des consommateurs, les résultats sont paradoxaux : la pénétration du service dans la population augmente, mais est d'abord due à l'action des opérateurs historiques ! Ces derniers, entreprises en monopole, se sont restructurés en profondeur pour baisser leurs coûts. En conséquence, leurs positions dominantes sur les marchés nationaux ne se sont pas érodées de manière spectaculaire. Au Royaume-Uni, pionnier de la politique de libéralisation en matière de télécom, entre 1984 et 1995, le taux de pénétration du téléphone est passé de 78 % à plus de 90 % des foyers. Cfr. W. LETWIN, CHR. ROE, M. TYLER, « Universal service and innovation in telecommunication services. Fostering linked goals through regulatory policy », *Telecommunications policy*, 1995, pp. 3-20.

²²¹ Résolution 94/C48 du Conseil du 7 février 1994 sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications, *JO C* n°48 du 16 février 1994. Cette résolution a été prise sur base d'une proposition de la Commission : *Développer le service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, proposition pour une résolution du Conseil sur les principes du service universel dans le secteur des télécommunications*, Com(93)543.

²²² M. DEBÈNE, O. RAYMUNDIE, *op. cit.*, p. 185.

²²³ Le « front » est aussi ouvert en matière postale par une résolution adoptée le même jour par le Conseil.

²²⁴ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *JO L* n° 199 du 26 juillet 1997. Voy. l'art. 5.

²²⁵ Directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, *JO L* n° 101 du 1^{er} avril 1998.

²²⁶ Pour une étude du régime du cadre de 1998, Voy. J.-M. CHEFFERT, E. COUNE, N. CURIEN, *Service universel, concurrence et télécommunications*, *Caliers du CRID*, Namur, 1999.

²²⁷ Voy. *supra* notre note sur l'arrêt Corbeau. Voy. encore V. KARAYANNIS, « Le service universel de télécommunications en droit communautaire : entre intervention publique et concurrence », *CDE*, 2002, p. 333-348.

Service public et droit en réseau

qu'il considère trop formels. En vue de bénéficier de la justification de l'art. 86 §2 TCE, le service doit prouver qu'il est un service d'intérêt économique général²²⁸. Pour ce faire, il doit entrer matériellement dans le moule du droit européen des activités d'intérêt général. Et le moule que les institutions européennes préparent est celui du service universel. Il s'agit là du véritable processus de « laïcisation du service public »²²⁹ qui doit perdre son « caractère légitime intrinsèque ». Une entreprise en cause (ou l'État membre) devra donc prouver qu'elle est astreinte à des obligations spécifiques : qualité, accessibilité et caractère abordable²³⁰.

Suite au réexamen de 1999, les règles posées dans les directives de 1997 et de 1998 ont, comme l'ensemble du cadre réglementaire, fait l'objet d'une enquête publique. Il a été conclu que le service universel tel qu'il était organisé ne devait pas être étendu²³¹. La question précise était celle de l'extension du champ d'application du service universel. Devait-il comprendre plus de services ? Apparemment, seul le coût que ce système fait peser sur le secteur des télécommunications ayant été pris en considération, le service reste donc tel qu'il était. Finalement, et contrairement à ce que l'on pourrait croire à l'heure de l'explosion des technologies, les règles se basent sur l'idée que la téléphonie vocale reste le seul vecteur d'intégration sociale²³². La directive du 7 mars 2002 prend le relais d'une philosophie que l'on ne souhaite pas modifier. Tout au plus, on clarifie certaines règles ambiguës, on systématise, mais on insiste aussi davantage sur les méthodes de mise en œuvre et énonce des lignes directrices (non contraignantes) pour l'implémentation du système. La directive aborde également la question des droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques²³³. Toutefois, ce dernier sujet ne sera pas abordé par cette étude.

²²⁸ La question des « étiquettes » apposées par les règles européennes sur « le service public » (au sens le plus général du terme) est passionnante tant il y a d'enseignements à en tirer. Il n'y a aucun consensus de la doctrine sur les sens à donner et sur les relations entre les expressions que le droit communautaire utilise : « services d'intérêt économique général », « services d'intérêt général », « service public » (utilisé sans hésitation dans les législations les plus anciennes, voy. le règlement 1191/69/CEE du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (*JO L* n° 156 du 28 juin 1969)) ou « service universel ». Chacune de ces expressions forme tantôt l'ensemble, tantôt un sous-ensemble d'une autre. Comp. par exemple M. DEBENE, O. RAYMUNDIE, *op. cit.*, pp. 185-186 avec P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 301-316 et V. KARAYANNIS, *op. cit.*, pp. 320-326.

²²⁹ R. KOVAR, *op. cit.*, p. 220.

²³⁰ Voy. l'arrêt Corbeau §15 : « au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires ».

²³¹ Voy. la page 17 de communication COM(2000) 239 final précitée.

²³² On pourrait évidemment préférer une politique plus « volontariste et anticipative dans le domaine de la société de l'information ». (M.-E. BONDROIT, J.-M. CHEFFERT, FL. DE LA VALLEE, L. LECOQ, TH. LEONARD, C. LOUVEAUX, P.-Y. POTTÉ, R. QUECK, « Vers un nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques : réflexions à mi-chemin », FUNDP, 2001, <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/telecom/default.htm>, p. 36). Le service universel n'aborde jamais la question des terminaux. Nous sommes ainsi dans une situation sans doute absurde où l'on garantit la transmission de données à un débit suffisant pour une utilisation fonctionnelle d'Internet, ... à condition d'avoir un ordinateur et un abonnement auprès d'un fournisseur d'accès. Voy. le considérant 8 de la directive « service universel ».

²³³ A ce sujet, voy. A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, p. 306.

§3 Le système du service universel mis en place

Le mécanisme de base du service universel est celui de la désignation d'une ou de plusieurs entreprises²³⁴ qui devront remplir des prestations précises dans un souci d'universalité : l'ensemble de la population doit avoir accès au service, peu importe les situations sociales ou géographiques. Ces prestations ne sont généralement pas rentables et l'on exige que cette mission ne soit compensée que dans la mesure où elle représente « une charge injustifiée » pour l'opérateur²³⁵. En pratique, il sera remboursé du coût net du service universel qu'il preste, selon les méthodes de financement que nous analyserons plus tard.

Actuellement, il existe deux conceptions possibles du service universel²³⁶ : l'une serait étendue, l'autre serait restreinte. Ces différentes conceptions ont des conséquences sur le contenu, la compétence et le financement du système. La conception étendue rappelle le champ d'action étendu des services publics nationaux : tout ce qui présente une utilité sociale particulière devrait y être inclus. Au plan de la compétence, le service universel ne dériverait pas « du jeu spontané des forces du marché, mais doit être filtré par l'autorité publique », qui représenterait « la collectivité »²³⁷. Des moyens substantiels étant requis, il faudrait renforcer le rôle de l'opérateur historique (prestataire naturel du service universel) et augmenter la contribution des entreprises de télécommunications. L'autre conception s'intègre plus dans le principe concurrentiel et n'admettrait que très peu de dérogations à ces règles. On réduirait les prestations de service universel pour lesquelles les acteurs admettent qu'elles doivent être fournies en dérogation aux mécanismes du marché. L'État se limiterait à fixer des objectifs, la détermination exhaustive de ces prestations étant laissée au libre jeu du marché. Enfin, la contribution des entreprises au financement du service ne serait acceptée qu'avec réticence, puisque le coût devrait être supporté par l'autorité²³⁸. Il est fort possible que la Commission ait développé des stratégies « habiles »²³⁹ pour éviter l'adoption d'un système de service universel du type étendu²⁴⁰. Les moyens pouvant être mis en œuvre pour choisir et alimenter l'opérateur sont limités : la liste des entreprises qui contribuent exclut celles qui n'exploitent pas un réseau public de téléphonie vocale. Réformer le secteur pousse aussi l'opérateur chargé de service universel (généralement l'opérateur historique) à se restructurer et à baisser ses coûts. Enfin, imposer des lourdes charges²⁴¹ sur le secteur pénaliserait la compétitivité des entreprises nationales au sein d'un marché à l'échelle européenne. En conclusion, dans l'idée de la Commission, le système pourrait être organisé de manière telle qu'il ne soit pas une charge financière pour l'opérateur prestataire du service²⁴².

²³⁴ Il est pourtant imaginable de contraindre toutes les entreprises actives sur le marché à ces obligations.

²³⁵ C'est l'ARN qui devra s'astreindre au calcul de ce coût : art. 12 de la directive « service universel ».

²³⁶ P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications*, loc. cit., pp. 283-285 ; V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 329.

²³⁷ V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 329.

²³⁸ *Ibid.*, p. 331.

²³⁹ P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications*, loc. cit., pp. 287-289.

²⁴⁰ *Contra*, ST. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports*, loc. cit., p. 175.

²⁴¹ Nous le verrons, c'est l'État membre qui détermine le surplus du contenu du service universel.

²⁴² Ce qui explique donc la formulation sans doute étonnante de l'art. 12 de la directive analysée.

Service public et droit en réseau

Cependant un équilibre entre ces approches pourrait être trouvé dans le caractère dynamique du service universel. La « portée » de celui-ci doit en effet faire l'objet d'une réévaluation régulière²⁴³. On devra évaluer « à la lumière des évolutions sociales, économiques et technologiques »²⁴⁴ quelle prestation supplémentaire devra entrer dans le champ du service universel pour l'avenir. On peut ainsi imaginer que la téléphonie mobile fera un jour partie du service universel²⁴⁵. On concilie donc (grâce à l'importation non déclarée d'une obligation traditionnelle du service public) les conceptions étendue et limitée du service universel.

A. Désignation de l'entreprise chargée du service universel.

Il faut désigner une ou plusieurs entreprise(s) de manière telle que « l'ensemble du territoire national puisse être couvert »²⁴⁶. En envisageant la seule possibilité d'une désignation (« ... peuvent désigner ... »), la directive laisse le choix aux États membres de contraindre l'ensemble des opérateurs du secteur²⁴⁷. Ces États membres doivent ainsi créer les conditions de l'universalité géographique du service. Le mode de désignation, sans qu'il s'agisse d'une procédure pareille à celles des marchés publics (ce qui est envisageable²⁴⁸), doit être « efficace, objectif, transparent et non discriminatoire ». Il « n'exclut aucune entreprise a priori »²⁴⁹. Le plus généralement, l'entreprise qui est chargée de prester le service universel est l'opérateur historique, car il dispose déjà du réseau le plus étendu sur le territoire national²⁵⁰. Il est aussi difficile d'imaginer qu'on lui préférerait une entreprise qui ne fut pas un service public organique ...

B. Contenu du service universel

Aujourd'hui, le service universel a un contenu matériel précis. La Communauté a abandonné le modèle de l'auto-réglementation qui permettrait au marché seul de le déterminer²⁵¹. La directive n'en est pas moins souple pour autant : les objectifs sont prédominants. Quelles sont donc ces prestations ?

Il s'agit d'abord d'une prestation principale : l'accès à une liaison fixe permettant des communications nationales et internationales, la transmission de fax et de données grâce à l'utilisation d'un modem²⁵². En

²⁴³ Art. 15 de la directive. On prévoit une période de 2 ans, puis des périodes de 3 ans.

²⁴⁴ *Ibid.*, §2. Les conditions de son extension apparaissent cependant très strictes. Voy. A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, p. 297 ; et l'annexe V de la directive.

²⁴⁵ P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications*, *loc. cit.*, p. 295.

²⁴⁶ Art. 8 §1 de la directive « service universel ».

²⁴⁷ Cela ne signifie évidemment pas que le service universel soit supplétif : V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 353. Au contraire, la CJCE a validé l'alourdissement des obligations par l'État membre : CJCE, 13 décembre 2001, aff. C-79/00, *Telefonica de España SA*, *Rec.*, I, p. 10075.

²⁴⁸ Cfr. V. SORANA, « Auctions for Universal Service Subsidies », *Journal of Regulatory Economics*, July 2000, pp. 33-58. La Cour, de son côté, a prévu que les procédures d'adjudications de ce type, même si elle ne sont pas couvertes par les règles européennes sur les marchés publics, doivent répondre à une obligation d'impartialité et de transparence : CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*, *Rec.*, I, p. 10745.

²⁴⁹ Art. 8 §2. Voy. aussi . A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, pp. 298-299.

²⁵⁰ C'est ainsi Belgacom qui a en été chargée par la loi du 19 décembre 1997 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques afin d'adapter le cadre réglementaire aux obligations en matière de libre concurrence et d'harmonisation sur le marché des télécommunications découlant des décisions de l'Union européenne (*M. B.*, 30 décembre 1997). Elle y insère les art. 86*bis* et s.

²⁵¹ V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 349.

Service public et droit en réseau

d'autres termes, il s'agit des utilisations traditionnelles du téléphone. Malgré les apparences, la demande d'un raccordement au réseau téléphonique ne devient cependant pas un droit fondamental, opposable *erga omnes*. La directive stipule en effet que les États membres doivent seulement veiller à ce que (seules) les « demandes raisonnables »²⁵³ de raccordement soient satisfaites.

Les autres prestations devant être garanties ont un caractère accessoire. Il s'agit d'abord de la mise à disposition d'un annuaire complet (sous forme imprimée ou électronique), mis à jour annuellement et respectant les règles sur la protection de la vie privée²⁵⁴. Il s'agit encore de la mise sur pied d'un service de renseignements téléphoniques²⁵⁵ et de la mise en place de postes téléphoniques payants publics (les « cabines ») dont la répartition géographique, le nombre, la qualité et l'accessibilité aux utilisateurs handicapés doivent répondre aux besoins « raisonnables » des utilisateurs finals²⁵⁶. Enfin, la directive met en avant la nécessité de rendre accessibles ces services aux utilisateurs handicapés. Nous sommes ici en marche vers l'universalité sociale du service. Les États membres doivent en effet veiller à ce que leur accès « soit équivalent à celui dont bénéficient les autres utilisateurs finals ». Il s'agit notamment de garantir le « caractère abordable des services »²⁵⁷. Il s'agit aussi de leur faire bénéficier du jeu de la concurrence entre les opérateurs du marché²⁵⁸.

Le contenu matériel ainsi défini du service universel apparaît comme un *minimum minimorum*. Seul ce standard doit être acquis. Si la directive permet spécifiquement aux États membres d'imposer des obligations additionnelles (à la seule condition de ne pas recourir à un financement par un fonds auquel les entreprises du marché devraient contribuer)²⁵⁹, ils ont aussi la possibilité d'aménager le service universel et de tenir compte « des particularités nationales »²⁶⁰. Ils peuvent ainsi déterminer « l'approche la plus efficace et la plus adaptée »²⁶¹ pour assurer sa mise en œuvre. « Il semble donc que les États membres conservent une discrétion considérable tant quant aux prestations comprises dans leur définition de service universel que quant aux moyens adoptés pour y parvenir. »²⁶²

²⁵² Art. 4 de la directive « service universel ».

²⁵³ *Ibid.*, § 1 (nous soulignons).

²⁵⁴ Art. 5, §1, *littera a*).

²⁵⁵ *Ibid.*, *littera b*).

²⁵⁶ Art. 6 (ici § 1).

²⁵⁷ Art. 7 §1. L'équipement nécessaire à l'accès des personnes handicapées aux outils de communication est en effet excessivement cher. Voy. aussi le considérant 13 de la directive.

²⁵⁸ Art. 7 §2. Sur le mécanisme des « subsides en main » : A. DE STREEL, R. QUECK, PH. VERNET, *op. cit.*, p. 297.

²⁵⁹ Art. 32 de la directive. En Belgique, il s'agit surtout d'obligations en matière de défense. Voy. l'art. 86ter de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

²⁶⁰ Art. 3, §1 de la directive.

²⁶¹ *Ibid.*, §2.

²⁶² V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 351.

C. Mise en œuvre : les principes du service universel

La définition du service universel donnée par la directive comprend 3 principes qui sont ses piliers²⁶³ : l'accessibilité, la qualité et le caractère abordable. Ces principes sont au fondement même de l'idée de service universel et doivent être illustrés par la mise en œuvre des prestations que nous avons étudiées.

L'accessibilité est ainsi profondément liée à l'idée d'universalité du service. Le but fondamental du système est en effet de « rendre certaines prestations accessibles à la population »²⁶⁴. Ce faisant, il pourrait être illustré par chacune des règles du service universel. On veut ainsi que le marché « débridé » ne se transforme pas en exclusion, géographique ou sociale²⁶⁵.

La question de la qualité a beaucoup évolué. Elle est passée par tous les stades : haute, bonne, minimale ou déterminée²⁶⁶. Dans la directive que nous étudions, les qualificatifs de « bonne » (art. 1) et de « spécifiée » (art. 3) ont été retenus. En appliquant (sans doute) le principe de subsidiarité, l'appréciation de cet élément est laissée à l'État membre, et plus précisément à l'ARN. Il est seulement prévu que la qualité doit faire l'objet d'indicateurs quantitatifs²⁶⁷, comme le délai de raccordement initial, le taux de défaillance des appels ou le nombre de plaintes concernant la facturation²⁶⁸. Ces informations doivent être publiées et, le cas échéant, des objectifs de performance doivent être établis par l'ARN qui en vérifiera le respect²⁶⁹.

Enfin, la directive stipule des règles relatives au caractère abordable des tarifs. Selon la Commission, le rôle de la concurrence doit être ici de premier plan. La concurrence doit nécessairement faire baisser les prix et rendre plus accessible le service à tous. On tient ainsi l'universalité sociale du système à bout de bras. Si le prix du marché n'est pas satisfaisant, les États membres peuvent exiger que « les entreprises désignées proposent aux consommateurs des options ou des formules tarifaires qui diffèrent de celles offertes dans des conditions normales d'exploitation commerciale »²⁷⁰. On vise spécifiquement l'aide aux personnes à faibles revenus ou ayant des besoins sociaux particuliers. En outre, un mécanisme que la directive envisage dans les politiques tarifaires est celui de la péréquation géographique²⁷¹.

²⁶³ Dans les instruments non contraignants, 3 principes « généraux » que l'on peut difficilement croire disparus étaient avancés : l'universalité, l'égalité et la continuité. Il est clair que les 6 principes se recourent. Voy. M. DEBÈNE, O. RAYMUNDIE, *op. cit.*, pp. 185.

²⁶⁴ P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications*, *loc. cit.*, pp. 281.

²⁶⁵ W. DEVROE, « "Universele dienstverlening" als nieuwe manier van denken? », *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2000, p. 83.

²⁶⁶ *Ibidem*. Voy. les notes infrapaginales 6 et 7.

²⁶⁷ Art. 11, §1.

²⁶⁸ Voy. l'annexe III de la directive.

²⁶⁹ Art. 11, §§4 et 5.

²⁷⁰ Art. 9, § 2.

²⁷¹ *Ibid.*, §5. C'est assez étonnant dans la mesure où le débat jurisprudentiel sur la légalité des subventions croisées (que la péréquation implique « derrière le décor ») n'a pas encore produit de réponses définitives. Voy. V. KARAYANNIS, *op. cit.*, pp. 334-348.

D. Le financement du service universel

« La question du financement du service universel est importante puisqu'elle soulève en réalité la question de sa définition. »²⁷². Elle illustre à quel point le système du service universel est voué à s'insérer dans le marché et son système concurrentiel. Dans la plupart des pays en effet, le système de financement mis en place conduit à ce que le marché supporte le coût du service. On finit ainsi par l'autonomiser. Même avec les mécanismes correcteurs des obligations imposées par l'autorité, on doit conclure que le marché, tout seul, réalise le service universel.

Trois mécanismes de financement sont envisageables dans l'absolu : une charge financière imposée à l'entrée sur le marché, une subvention issue du budget de l'État, et, enfin, la contribution à un fonds. Le recours au monopole n'est plus du tout envisagé. Les règles européennes ont rapidement écarté le premier mécanisme qui constitue une barrière à l'entrée, peu compatible avec le processus de libéralisation. La directive ne permet donc plus que les deux derniers mécanismes²⁷³. La subvention budgétaire, qui devrait être octroyée dans le cadre des règles sur les aides d'État²⁷⁴, est la solution (discrètement) la plus appréciée des institutions et des acteurs²⁷⁵. Cependant, les budgets publics nationaux n'étant pas des cornes d'abondance, beaucoup d'État membres ont mis en place ce système de répartition du coût net des obligations de service universel entre les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques. Ce système de fonds ne devant créer aucune distorsion de concurrence, le calcul du coût net est très strict. Des coûts réellement encourus par l'entreprise prestataire du service, doit être soustrait l'avantage commercial éventuel qu'elle en retire²⁷⁶ (que ce soit en terme d'image ou de recettes). La directive prévoit aussi des règles quant à la contribution : il s'agit donc des « fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques »²⁷⁷, dont la petitesse du chiffre d'affaires peut justifier qu'ils ne soient pas soumis à la redevance²⁷⁸. L'évaluation du coût (et donc du montant des redevances que doivent payer les entreprises) est source de conflits entre concurrents. Généralement, le montant demandé par le prestataire est divisé par 2 au terme des discussions ...

²⁷² L. RAPP, « La politique de libéralisation des services en Europe, entre service public et service universel », *RMCUE*, 1995, p. 356.

²⁷³ Art. 13, §1.

²⁷⁴ La jurisprudence en cette matière est en ébullition depuis l'arrêt *Ferring*, (CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-53/00, *Ferring, Rec.*, I, p. 9067) qui retire, de manière problématique, la qualification d'aide d'État à une subvention venant compenser les obligations de service public. A. ALEXIS, « Services publics et aides d'État », *RDUE*, 2002, pp. 63-107

²⁷⁵ M.-E. BONDROIT, J.-M. CHEFFERT, FL. DE LA VALLEE, L. LECOQ, TH. LEONARD, C. LOUVEAUX, P.-Y. POTTÉ, R. QUECK, *op. cit.*, p. 36. Le coût du service est ainsi réparti sur l'ensemble de la société et ne pèse plus seulement sur le secteur des télécommunications.

²⁷⁶ Art. 12 et annexe IV de la directive. De ce seul principe, d'autres règles découlent : P. NIHOUL, *Droit européen des télécommunications, loc. cit.*, pp. 296-297.

²⁷⁷ Art. 13, §1, *littera b*). On renvoie ainsi aux définitions c) et m) de l'art. 2 de la directive « cadre ».

²⁷⁸ Art. 13, §3.

Conclusion du chapitre 2

Nous tentions, au cours de ce chapitre, de comprendre, grâce à l'analyse juridique de la réglementation sectorielle applicable aux télécom, quelles sont les forces que le droit européen met à l'œuvre et qui sont à la base d'une nouvelle formulation des services publics. Nous avons d'abord étudié le mouvement qui affecte la législation européenne. Il s'agit d'une rationalisation profonde des dispositifs juridiques. On tente ainsi de remplacer un cadre réglementaire, composé d'une pléthore de normes, par un ensemble limité de directives. L'objectif de la Commission, à terme, est l'abrogation totale de ce cadre réglementaire. Seules les règles de la concurrence devraient alors s'appliquer aux télécommunications dont la principale régulation serait le fonctionnement endogène du marché.

Les changements fondamentaux ainsi provoqués relèvent de 2 phénomènes. Il s'agit d'abord de la modification du visage de l'État. On passe en effet d'une régulation qui est le fait de l'exécutif et de l'administration centrale à une régulation qui est le fait d'une agence administrative indépendante, modèle le plus répandu en Europe. Ce mode d'organisation trouve sa source dans le droit européen, bien que ce soit à la fois contestable et contesté. Le seul principe de droit européen réellement formulé est celui de la distinction entre régulateur et opérateur. On ne trouve nulle part la règle de l'indépendance administrative du régulateur. Mais l'exigence européenne est telle que les États membres doivent choisir entre la privatisation de leurs entreprises publiques ou la mise en place de telles institutions. L'Autorité Réglementaire Nationale, c'est ainsi qu'est appelé le régulateur dans la directive « cadre », regroupe aussi des fonctions qui ne répondent pas à la séparation des pouvoirs. Elle est en effet chargée de fonctions réglementaire et juridictionnelle, sans être obligée d'organiser des distinctions structurelles en son sein. De plus, avec l'assignation d'un rôle de vecteur d'informations, on attend de l'ARN qu'elle se comporte comme un catalyseur du dynamisme du marché.

Le deuxième changement est une mutation de méthode dans la prestation de l'activité d'intérêt général. La conception classique du service public tendait à l'organiser en monopole, à le doter de prérogatives et à le soumettre à des obligations exorbitantes du droit commun. Le droit européen, par contre, met en place (de manière généralisée sans doute) le système du service universel. Dans ce système, c'est le principe concurrentiel en vigueur au sein du marché qui est appelé à satisfaire des objectifs d'intérêt général. On soumet ainsi une ou plusieurs entreprise(s) à des obligations. Celles-ci visent à garantir un service qui doit remplir trois conditions : l'accessibilité, la qualité et le caractère abordable. Le service universel montre ainsi la mesure dans laquelle les activités d'intérêt général doivent s'exercer selon la méthode du marché. Le financement du service universel (le mécanisme répandu de la contribution des opérateurs à un fonds) montre précisément à quel point c'est le seul fonctionnement (même s'il n'est pas spontané) du marché qui doit réaliser les objectifs d'intérêt général.

Après avoir étudié quels étaient les changements que connaissait le droit des services publics, nous allons, dès à présent, systématiser nos réflexions sur le thème de la pyramide et du réseau dans ce domaine.

Partie 2 : Conséquences théoriques

L'indépendance de la régulation des services publics et l'apparition du service universel sont les deux plus grandes innovations qu'a connues le droit administratif sous l'effet du droit européen. On défendra ici qu'il ne s'agit pas de mutations anodines, mais bien fondamentales. A nouveau grâce à un cheminement en 3 étapes, nous exposerons les conclusions à tirer en matière de théorie du droit.

Chapitre 1 : L'État « enchâssé »

L'ÉTAT TEL qu'il était dans la théorie classique que nous avons étudiée dans la première partie, n'a pas pérennisé. Son rôle a changé et les transformations qui affectent le service public servent de preuve en suffisance. En tant qu'État providence, il a pris en main les leviers de l'économie. Pour ce faire, il est descendu de son statut d'autorité distante pour prendre une place d'acteur de plus en plus importante dans la société. Il a posé des actes matériels en vendant des produits ou en prestant des services qu'il considérait comme essentiels à l'intérêt général. Les règles qu'il posait à cet égard relevaient de sa propre logique : il interdisait tout marché par le monopole et imposait à ses propres entreprises, son bras séculier dans la société, des principes de fonctionnement proches des siens. Le phénomène de réseau change la donne cependant..

Section 1 : Les éléments à charge

Une théorie de l'enchâssement de l'État prendrait acte du renversement de perspective provoqué par le droit européen. Si le modèle classique (pyramidal) impliquait l'imposition de la logique de l'État sur le fonctionnement des services publics, le modèle en réseau innove par sa soumission à la logique du marché. L'ensemble des processus développés par l'État ne relèveront alors plus d'une rationalité hiérarchique, mais d'une rationalité horizontale : il s'agira de s'insérer dans la matrice concurrentielle. Le droit européen, tel qu'il est appliqué aujourd'hui, implique un renvoi de la rationalité hiérarchique dans la sphère de la fonction primaire de l'État : celle de puissance publique. En vertu des règles de la concurrence en effet, il faut démontrer le caractère non économique de l'intervention étatique pour échapper à la compétence européenne.

Quels sont les phénomènes que nous avons abordés et qui exemplifient l'enchâssement de l'État ?

A. Les analyses horizontales de la Cour de justice

Nous avons étudié le parcours jurisprudentiel des services d'intérêt général. Ils ont d'abord connu l'indifférence du droit européen à leur égard, puis ont été l'objet d'un regain d'attention. C'est dans l'application de l'art. 86 §2 TCE que la Cour a le plus utilisé une méthode d'appréciation horizontale (car économique) de « l'échec » à l'accomplissement des missions d'intérêt général dont les entreprises peuvent

Service public et droit en réseau

être chargées²⁷⁹. Ces dernières devaient alors prouver en termes économiques qu'il leur était impossible d'exécuter les obligations auxquelles elles sont soumises dans un objectif d'intérêt général. Le caractère horizontal de cette approche est encore mis en évidence grâce au contraste offert par une nouvelle méthode qui émerge actuellement : celle basée sur les valeurs que l'entreprise doit censément protéger²⁸⁰. On peut alors user d'une « justification externe au marché »²⁸¹.

B. Les autorités réglementaires nationales

Il faut aussi souligner la mise en place d'agences administratives indépendantes appelées à jouer le rôle d'ARN en vertu du droit européen. La doctrine a rapidement pris conscience de l'innovation de ces institutions qui change le visage de l'État. Le mouvement qui pousse à leur mise en place procède « à la fois de la méfiance et de la suspicion vis-à-vis de l'État traditionnel, contesté dans sa toute puissance et mis en cause quant à son impartialité et son efficacité, et d'aspiration à de nouveaux mode de régulation sociale »²⁸². Le marché aurait ainsi besoin d'un pouvoir « dépolitisé », réellement impartial, ce qui est manifeste dans les règles européennes. Ainsi, l'autorité administrative indépendante n'apparaît pas seulement comme un moyen d'emprise de l'État sur la société, mais encore comme un instrument de protection et de garantie de la société contre l'État²⁸³.

C. Le service universel

Il est essentiel de comprendre que le service universel est un service public repris par le marché. Ici, le renversement de perspective est systématisé. « (...) [L]a notion de service universel apparaît, (...), indéfectiblement liée à la stratégie d'entreprises, ce qui souligne le changement de perspective que l'emploi de l'expression invite à effectuer aux juristes (...). Le service universel, impose une approche en quelque sorte "par le bas", du point de vue de l'entreprise et non "par le haut", du point de vue de l'État, garant du respect des principes républicains, notamment d'égalité et de solidarité. C'est l'entreprise-citoyenne qui prend spontanément en charge les idéaux de la République et non l'État qui les lui concède. »²⁸⁴ Plusieurs éléments peuvent être avancés pour prouver les modifications de ce type.

Ainsi, les principes sous-jacents au service universel révèlent la vraie nature de celui-ci. Comme nous l'avons analysé dans notre première partie, le service public est soumis à des lois qui marquent sa filiation avec la chose étatique. Les principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité ne sont-ils pas typiques des missions de l'administration ou de la loi en général ? En contrepoint, les 3 idées fondamentales du service universel²⁸⁵ sont l'accessibilité, la qualité et la caractère abordable. Ne sont-elles pas typiques de la

²⁷⁹ CHR. LEROY, « Les rapports contemporains entre l'État et le marché : essai d'interprétation », *RFDA*, 1996, pp. 515-531.

²⁸⁰ M. ROSS, *op. cit.*, pp. 27-28.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 27 (traduction personnelle).

²⁸² *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public du Conseil d'État français 2001, EDCE n°52, Paris, La documentation française, 2001, p. 257.

²⁸³ J. CHEVALLIER parle d'un visage de Janus : « COB, CNIL, CNCL et Cie : la "philosophie" des autorités administratives indépendantes », *RIDE*, 1986, p. 17.

²⁸⁴ L. RAPP, *op. cit.*, 1995, p. 356.

²⁸⁵ Il est de plus très clair que ces 3 principes chevauchent les principes d'universalité, d'égalité et de continuité. Nous sommes ainsi face à un système qui enchevêtre les deux logiques !

Service public et droit en réseau

performance économique²⁸⁶ ? Ce caractère économique impliquerait qu'un marché parfaitement « mature » ne nécessiterait aucun type d'intervention²⁸⁷.

On peut, en outre, procéder à une comparaison très significative des termes. On oppose en effet le service « public » au service « universel ». Ces termes agissent comme les étiquettes d'une pyramide ou d'un réseau. « Public » renvoie à l'idée de l'État : le service est presté là où se trouve l'État et inversement. « Universel », au contraire, renvoie au marché et à sa capacité de remplir les exigences de tous les instants à tous les endroits. On touche ainsi les qualités du réseau, de sa structure ouverte, « susceptible de s'étendre à l'infini », « dynamique et capable d'innover sans mettre en cause son équilibre »²⁸⁸.

Section 2 : L'avenir d'un État régulateur

L'État enchâssé annonce un État devant se soumettre à un jeu qui n'est pas le sien. Il développait pourtant, depuis le début de la modernité, une logique qui lui permettait d'imposer, grâce à sa souveraineté, ses propres règles. La rationalité que l'on développe aujourd'hui grâce au droit européen n'est pas celle d'un gouvernement hiérarchique sur la société. Aujourd'hui, s'il veut intervenir dans le système économique, il devra le faire par des moyens marginaux et non par imposition hiérarchique. Les principes concurrentiels sont avancés contre lui comme les garants de l'auto-nomie du système économique²⁸⁹. Il est renvoyé à une fonction de régulation. Celle-ci « intègre les notions d'ajustement d'une pluralité de mouvements, de contrôles et de maintiens des fonctions préservatrices d'une unité soumise à l'évolution et aux chocs de son environnement »²⁹⁰. Son rôle consistera donc à la simple mise en place des structures, du cadre du bon fonctionnement de l'économie. La régulation implique des formes institutionnelles nouvelles (comme l'indépendance administrative) et du *soft law*²⁹¹, et le moins possible de mécanismes de puissance publique

²⁸⁶ P. VERHOEST, « The myth of universal service: hermeneutic considerations and political recommendations », *Media, culture and society*, 2000, p. 599.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ M. CASTELS, *La société en réseau*, *loc. cit.*, pp. 526-527. « Dans un monde en réseau, aucune clôture n'est possible. Le réseau s'étend et se modifie sans arrêt (...) » L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, pp. 159.

²⁸⁹ Tel est le projet européen : laisser faire le marché. Cette idée se base tant sur la science économique que sur l'idéologie néolibérale. Beaucoup critiquent la sunset clause qui affecterait les régulations sectorielles européennes, comme le cadre réglementaire analysé, appelé à se réduire en fonction de la maturation du marché. La concurrence sur le marché n'est pourtant pas un processus naturel comme semble le concevoir la Commission. Une intervention juridique, au contraire, est nécessaire pour assurer la rivalité sur les marchés : P. NIHOUL, « Norme, régulation et réforme des télécommunications », *Ann. Drt. Louv.*, 1998, p. 398 ; *idem*, « Convergence in european telecommunications. A case study on the relationship between regulation and competition (law) », *International journal of communications law and policy*, 1999, p. 39-72. On peut affirmer que « les institutions communautaires ont une vision volontiers candide du marché » : A. LYON-CAEN, « Les services publics et l'Europe : quelle union ? », *AJDA*, juin 1997 spécial, p. 34.

²⁹⁰ A. BUZELAY, *op. cit.*, p. 25.

²⁹¹ On devrait ainsi assister à l'extension de la méthode du service universel dans d'autres domaines. W. DEVROE « "Universele dienstverlening" als nieuwe manier van denken ? », *op. cit.*, p. 94.

Service public et droit en réseau

(approche de la réglementation)²⁹². Elle ouvre ainsi une voie tierce entre un néolibéralisme débridé, destructeur et un système capitaliste administratif écartant le dynamisme du marché²⁹³.

Le service public avait servi de fondement et de limite à l'action publique. Dans le cadre d'un État régulateur, on peut se demander ce que devient cette utilité de la notion. L'enchâssement semble exiger en effet une action publique « dé-publicisée ». Toute mise en œuvre d'un procédé de puissance paraît infondé. Y a-t-il alors encore besoin de l'essence du service public ? Le débat reste ouvert...

A la base du phénomène d'enchâssement, il y a deux éléments à distinguer et à mettre en évidence. D'abord, la logique du marché *est imposée*. Au départ, il y a donc un principe hiérarchique qui est la primauté du droit européen. Celui-ci écarte les règles nationales qui seraient différentes des siennes. Les procédés juridiques « forts » ne sont donc pas absents du nouveau contexte.

Ensuite, la logique du marché *s'impose d'elle-même*. Il y a là un principe horizontal empêchant les interventions publiques qui ne tiennent pas compte du contexte concurrentiel dans lequel elles s'inscrivent. Par exemple, il existe une pression du marché à ne pas étendre le contenu du service universel : celui-ci ne pourrait faire l'objet de compensations financières et cela pénaliserait la situation des entreprises qui en sont chargées. On doit constater la réalité de ces deux facettes du phénomène de l'enchâssement, mais aussi les liens qu'elles entretiennent ! On l'a vu : le rôle joué par la Commission montre qu'elle est capable, habilement, de tirer à profit l'une et l'autre de ces facettes pour parvenir à la privatisation ou la mise en place d'autorités administratives indépendantes. En matière de privatisation, le comportement de la Commission vis-à-vis de la « pression du marché » ne constitue pas une violation de l'art. 295 TCE. La Commission y trouve pourtant « un moyen dérobé permettant l'achèvement d'objectifs politiques »²⁹⁴. L'enchâssement de l'État et l'apparition de la figure du réseau n'évacuent pas les jeux de pouvoirs.

Chapitre 2 : La citoyenneté de marché

Le phénomène du réseau n'entraîne pas seulement une mutation du rôle de l'institution étatique. Il affecte aussi les membres de la société et leur rôle politique. Nous avons vu qu'aux yeux du service public, les notions d'usager et de citoyen coïncidaient : l'usager était servi car il est citoyen. Au contraire, un consommateur est servi « parce qu'il a de l'argent »²⁹⁵. La substitution de vocables est intervenue avec la libéralisation et doit avoir un effet théorique.

²⁹² On peut ainsi opposer la régulation à la réglementation : E. COHEN, « De la réglementation à la régulation : histoire d'un concept », *op. cit.*

²⁹³ CL. CHAMPAUD, « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, p. 23-66

²⁹⁴ A. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 887.

²⁹⁵ CHR. LEROY, « Les rapports contemporains entre L'État et le marché : essai d'interprétation », *RFDA*, 1996, p. 521.

Section 1 : L'idéologie du réseau

« L'idéologie qui sous-tend le droit de la concurrence tel qu'il est envisagé et pratiqué au niveau européen et international relève d'un individualisme hédoniste forcené au service d'obscurs stratagèmes industriels et financiers en oubliant que le service public est une des garanties essentielles pour le contrat social d'une société »²⁹⁶. Le propos est virulent et discutable car basé sur des présupposés non démontrés. Il est cependant correct lorsqu'il postule l'existence d'une idéologie sous-jacente. Le droit pur, sans fond idéologique, n'existe pas. Nous devons faire le lien entre les changements constatés et l'évolution des représentations que la société a d'elle-même²⁹⁷.

Les règles juridiques que nous avons étudiées ont part liée avec le discours néolibéral. Ce dernier prône le retrait de l'État d'un certain nombre de missions qu'il accomplissait jusqu'ici. Il s'agit, pour le néolibéralisme, d'une véritable volonté d'émancipation par rapport à une figure paternaliste de l'État²⁹⁸. Il est important de comprendre qu'il ne s'agit pas simplement de la recherche menée par le capitalisme d'une idéologie qui viendrait justifier ses processus d'accumulation²⁹⁹. Il faut un appareillage justificatif destiné à consacrer le dépassement des structures hiérarchiques dans leur ensemble.

A. Hiérarchie et citoyenneté en voie de disparition idéologique.

Les phénomènes de réseau trouvent leurs racines dans la critique de l'ordre en place. La théorie classique de l'État et du service public se base sur l'idée d'appropriation des leviers de la régulation sociale par une instance supérieure dotée de l'*imperium* juridique. Cette structure pyramidale porteuse d'ordre, de raison, de stabilité et de sécurité est le réceptacle des valeurs d'une époque. Ces valeurs sont donc *réalistes*, en ce qu'il existe un lien entre elles et une organisation sociale précise, faite de règles et de procédures³⁰⁰. La figure hiérarchique propose une idéologie « holiste » : elle subordonne l'individu à la totalité sociale³⁰¹. Les démocraties modernes ne sont pas « holistes » comme le sont les sociétés traditionnelles. On devrait même penser qu'elle ne le sont pas du tout au vu des valeurs de liberté et d'égalité qui sont à son fondement. Il y a donc un paradoxe : la modernité est celle de la hiérarchie étatique, instituée au nom de l'individualisme et de l'autonomie personnelle. Cette hiérarchie est une « présence-absence »³⁰² au sein de la modernité. On aboutit ainsi à devoir concilier l'idéologie égalitaire et individualiste avec la nécessité de la pyramide de l'État. La citoyenneté est la clé de répartition de cette conciliation. Elle marque l'appartenance à la société

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 530.

²⁹⁷ Le Petit Robert définit l'idéologie comme l'ensemble des idées, des croyances et des doctrines propres à une époque, à une société ou à une classe.

²⁹⁸ On a pu comparer les réformes européennes à la fin de l'Ancien régime. « Un esprit de libération semble souffler dans les veines de la Commission. Celle-ci ordonne l'abolition des droits spéciaux et exclusifs, comme les sans-culottes avaient réclamé à la Révolution française l'abolition de l'ancien régime et des privilèges qui y étaient associés. » P. NIHOUL, « Norme, régulation et réforme des télécommunications », *op. cit.*, p. 412.

²⁹⁹ L. BOLTANSKI, E. CHIAPPELO, *op. cit.*, pp. 58-61.

³⁰⁰ Sur l'idée de réalisme des idées : L. THEVENOT, « Les justifications du service public peuvent-elles contenir le marché ? », in A. LYON-CAEN, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, pp. 127-128.

³⁰¹ J.-P. DUPUY, *Libéralisme et justice sociale, le sacrifice et l'envie*, Paris, Hachette, 1997, p. 196.

³⁰² *Ibid.*, p. 198.

Service public et droit en réseau

politique et la jouissance de droits fondamentaux opposable à la puissance hiérarchique de l'État. Comme nous l'avons vu, elle motive aussi la mise en place du système de service public. En tant que citoyen, l'individu est libre dans le cadre de l'État.

C'est le modèle « holiste » inavoué qui sera la cible des critiques néolibérales. On dénonce alors ce mode d'organisation perçu comme une servitude sans fondement³⁰³. On y associe les notions d'immobilisme, de rigidité, de répétition, d'inefficacité et d'inadaptation aux besoins contemporains. La réponse formulée relève d'une vision du monde en réseau. On valorise le dynamisme, la souplesse, l'innovation, l'efficacité et l'adaptation constante aux besoins. Telles sont les nouvelles grandeurs que porte le réseau. En son sein, des nouveaux principes de jugement naissent : adaptabilité, confiance, souplesse, tolérance, autonomie, mobilité et capacités relationnelles sont des qualités recherchés par les acteurs sociaux. Sous cette lumière, État et citoyenneté sont appelés à se réformer en profondeur. De plus, l'abandon de la structure hiérarchique semble correspondre aux idées de liberté et d'égalité qui sont au fondement de la modernité. Un élément d'importance dans l'idéologie du réseau est qu'il « porte en lui la promesse d'un futur meilleur, d'un "âge d'or terrestre" »³⁰⁴. Porté à son paroxysme, le réseau serait la solution de tous les problèmes, en dépit des connaissances dont la validité n'est pas contestée³⁰⁵.

B. Construire un ordre social en réseau

Le monde en réseau est matérialisé par celui du marché, comme l'État matérialisait la hiérarchie. Le marché est un réseau en ce qu'il est comme lui composé d'éléments égaux (les acteurs économiques) qui s'interconnectent (les transactions économiques)³⁰⁶. Ce marché devant être conforme aux préceptes de l'idéologie du réseau doit être le moins possible l'objet d'une intervention hiérarchique de l'État, qui serait à la fois illégitime, inefficace et archaïque. Des résistances sociales protégeant certaines fonctions et responsabilités de l'État sont pourtant très fortes. Parmi ces fonctions figurent les activités d'intérêt général rendus par les services publics. Comme nous l'avons vu avec le service universel, le modèle social en réseau se donne pour but de reprendre à sa « mode » la méthode de délivrance de ces services. Mais le marché ne suffit pas lui seul à réaliser pleinement l'idéologie du réseau. Il doit encore évoluer dans ses processus internes pour y être conforme. On ressent en effet la nécessité d'une mise à jour des conceptions du travail et du fonctionnement de l'entreprise (comme nœud du réseau). D'abord, le modèle de la grande entreprise, bureaucratique, dirigée par des ingénieurs au service du progrès technique et de la nation, est dénoncée. Les opérateurs économiques s'organisent ainsi depuis près de 20 ans selon un mode qui adopte la structure réticulaire. Les décisions qu'ils prennent sur le marché relèvent de la logique des « flux tendus »³⁰⁷ : elles sont sous le contrôle du client, nœud distinct du réseau, plutôt que celui de la

³⁰³ L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 221.

³⁰⁴ P. MUSSO, « Le réseau : de la mythologie grecque à l'idéologie d'Internet », in P. MUSSO (dir), *Réseaux et société*, Paris, PUF, 2003, p. 41.

³⁰⁵ C'est évidemment dans le cadre de ce projet téméraire que l'idéologie du réseau est la plus faible. Ainsi, la théorie de l'économie en réseau postulait une croissance constante et effaçait le problème des « cycles », ce qui est tout à fait contrefactuel. Voy. K. KELLY, « New rules for the New economy, twelve dependable principles for thriving in a turbulent world », *Wired*, n°5,09, pp. 140-144 et 186-197.

³⁰⁶ Voy. la définition que donne M. CASTELLS du réseau : *La société en réseaux*, *op. cit.*, p. 526.

³⁰⁷ L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, *op. cit.*, p. 333.

Service public et droit en réseau

hiérarchie dont les niveaux tendent à se réduire. Enfin, le travail au sein de l'entreprise est précarisé³⁰⁸, le travailleur n'étant plus assuré d'une carrière planifiée au sein d'une même entité. En outre, sa rémunération est plus liée au mérite et non au grade ou à l'ancienneté.

Un problème surgit avec la reformulation de la citoyenneté. Dans la logique classique de hiérarchie, elle est à faire valoir dans une relation avec le système administratif. Dans le domaine des services publics cependant, le caractère de droit public tend à disparaître au profit du droit privé contractuel qui est appelé à naître au sein du marché concurrentiel. Ici aussi, il y a refonte totale du concept par l'idéologie du marché et du réseau. De nouvelles formes de citoyenneté doivent être créées³⁰⁹. Les États établissent ainsi des nouveaux droits pour les « consommateur » que l'on retrouve dans certaines « chartes »³¹⁰. Le marché attend un comportement actif du citoyen/consommateur : il doit être le promoteur de ses choix et des progrès qualitatifs qui doivent en procéder³¹¹.

Section 2 : Changements sociaux et technologies de l'information

Les changements sociaux annoncés par les phénomènes réticulaires n'ont pas seulement été provoqués par une idéologie émergente. Un facteur réel y a contribué dans une très large mesure. A ce titre, le choix du droit des télécommunications comme objet de l'étude à laquelle nous nous sommes attelé au cours de ces pages est parfaitement justifié. Le facteur déclenchant relève en effet des technologies de la communication. Les bouleversements dans ce domaine depuis une vingtaine d'années sont d'une immense complexité technique et il est très difficile de les résumer, sinon outrageusement. Pour l'essentiel, il s'agit des progrès de la numérisation : tout type d'information peut aujourd'hui faire l'objet d'un codage sous forme de « 1 » ou de « 0 ». Cette information numérisée, quelle qu'elle soit, des bases de données, des textes, des images fixes, du son ou des signaux vidéo, peut être traitée par des systèmes informatiques dotés de puces électroniques dont la puissance double tous les 18 mois. Depuis près de 10 ans, les systèmes informatiques sont reliés entre eux, par delà les frontières et les océans, pour former l'Internet. La mise en réseau décuplant la capacité des systèmes, nous assistons à une explosion technologique qui « modifie profondément l'expérience humaine »³¹² et qui pose un défi au droit³¹³.

³⁰⁸ *Ibid.*, pp. 291-343.

³⁰⁹ « It consists of re-conceptualizing the citizen as primarily an economic rather than a social or political actor, in other words of promoting a notion of market citizenship rather than of constitutional citizenship, thus drawing on and developing a different philosophical tradition. » M. FREEDLAND, *op. cit.*, p. 10.

³¹⁰ Ces chartes sont d'abord apparues au Royaume-Uni dans le cadre du « New Public management » qui transforme les services publics britanniques avant les réformes européennes. Elles usent du terme de citoyen de manière trompeuse. Voy. C. HARLOW, « Public service, market ideology, and citizenship », *in* M. FREEDLAND, S. SCIARRA, *op. cit.*, p. 55.

³¹¹ « That is to say, the citizen is especially valued as the maker of choices about consumption of goods and services by which alone the market economy can be disciplined into the condition of "efficiency" which is necessary to its prosperity in an international competitive environment. Emphasis is placed on the role of the citizen as the discriminating purchaser of goods and services, as the maker and enforcer of economically sound and rational consumer contract », M. FREEDLAND, *op. cit.*, p. 10.

³¹² M. CASTELLS, *La société en réseaux*, *loc. cit.*, p. 534.

Service public et droit en réseau

« Les conséquences mentales de l'Internet, plus difficile à intégrer aux habitudes du monde vécu qu'un nouvel appareil ménager électrique, sont encore difficiles à prévoir. »³¹⁴ On sait cependant que les rapports à l'espace et au temps se voient modifier.

- 1) Les technologies de l'information permettent l'abolition des distances³¹⁵. « Tout événement, toute connaissance, tout service, tout lieu, tout fait de société se trouvent potentiellement rendus à proximité du sujet »³¹⁶. On assiste à la mort théorique des espaces clôturés par des frontières du modèle pyramidal de l'État. Ces délimitations deviennent poreuses et leur abrogation sera proposée.
- 2) Comme l'espace, le temps n'est ni diminué ni même vaincu : il disparaît sans laisser de trace. Les technologies de l'information permettent le temps de l'instantané. Tout et tout de suite. Cette possibilité technique devient un véritable moteur de changement social. Les acteurs exigent ainsi que ce qui est associé à l'ancien monde soit évacué de manière encore plus rapide.

Chapitre 3 : Le droit concurrenté

Les réformes européennes conduisent à poser des questions étonnantes : « le droit est-il encore utile ? »³¹⁷ L'introduction du système concurrentiel comme régulation des services publics pose la question des rapports du droit avec d'autres normativités et la question de sa situation dans la hiérarchie et le réseau.

Section 1 : Des normativités concurrentes

Nous l'avons compris : la concurrence joue le rôle d'une normativité distincte du droit. Elle constitue ce qui fait une norme : elle « stipule » le comportement que le destinataire auquel elle s'adresse est censé adopter. Cette émergence de la concurrence comme source de normes est une idée hérétique pour les théoriciens de la hiérarchie des normes. Pour ces derniers, l'étagement des règles de droit doit nécessairement présupposer l'unicité d'un foyer de production (une constitution par exemple) et la suprématie de l'ordre juridique étatique sur tout autre système de règles. La hiérarchie des normes est fondamentalement moniste : elle ne s'accommode pas d'un système accessoire ou supplétif. Force est de constater que le droit actuel promeut « sa propre concurrence »³¹⁸. Les dispositifs sont cependant différents sur bien des points :

³¹³ P. NIHOUL « Les défis lancés au système juridique par la société de l'information », in P. NIHOUL (dir), *op. cit.*, p. 7-16.
Adde L.-L. CHRISTIANS, « La procéduralisation du droit face à l'évolution complexe des télécommunications. Démocratie et convergence des médias », in *Démocratie et Procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 411-437

³¹⁴ J. HABERMAS, *Après l'État-nation, une nouvelle constellation politique*, *loc. cit.*, p. 19.

³¹⁵ M. CASTELS, *La société en réseaux*, *loc. cit.*, pp. 424-480.

³¹⁶ J. ZEITOUN, « Représentation et gouvernance du territoire par les réseaux », in P. MUSSO (dir.), *op. cit.*, p. 156.

³¹⁷ P. NIHOUL « Norme, régulation et réforme des télécommunications », *op. cit.*, p. 389.

³¹⁸ Ce phénomène n'est pas le seul dans le droit applicable à la société de l'information. Ainsi, en matière de propriété intellectuelle, le juriste américain L. LESSIG démontre que les lignes de code d'un programme informatique jouent aussi le rôle de règle de droit. *Voy. Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

Service public et droit en réseau

- 1) L'origine de la règle : la norme juridique est produite selon des procédures stipulées par des sources de droit supérieures à elle. Dotée d'une force contraignante et d'une sanction en cas de violation, elle s'impose à son destinataire. L'origine de la règle juridique est donc verticale. A l'opposé, la règle concurrentielle est issue de l'ordre des choses, d'une situation composée de multiples variables : c'est la position et les choix posés par les concurrents qui induisent le comportement à adopter. Le « dispositif » de la norme concurrentielle n'est pas contraignante mais reste affectée d'une sanction : celle d'une perte de parts de marchés ou de certaines ressources économiques.
- 2) La formulation de la règle : la norme juridique est exprimée de manière explicite. Elle est d'ailleurs conduite à la connaissance de son destinataire par des procédés de publicité spécifiquement prévu. A l'opposé, la règle concurrentielle est implicite puisqu'elle se déduit d'un fait et n'est pas formulée dans un langage³¹⁹.

Section 2 : Une hiérarchie dans le réseau

Le droit a subi un grand chamboulement. Avant la libéralisation et le train des réformes européennes, les règles juridiques apparaissaient comme la hiérarchie *sur* le réseau du marché. Leur force de contrainte n'était pas contredite : elles étaient les seuls réceptacles de la normativité obligatoire dans la société. Issues de l'expression du rapport gouvernant/gouvernés, elles étaient le symbole de la suprématie de la puissance étatique. Elles agissent encore comme droits subjectifs, rempart de protection contre l'arbitraire de l'État. Dans ce modèle de la hiérarchie *sur* le réseau, le droit est capable de s'imposer sur le marché grâce à la légitimité de sa production selon des méthodes démocratiques. « Il finit par être "droit naturel" »³²⁰. Droit et marché sont plus ou moins harmonieusement imbriqués et il n'y a pas vraiment lieu de les opposer.

Le modèle actuel est celui de la hiérarchie *dans* le réseau. Il est porté par les idées d'enchaînement, de régulation, et de concurrence du droit par le marché. Le phénomène de réseau est celui de l'autonomisation du marché, ce qui doit être mis en parallèle avec la spécialisation et la différenciation que connaissent les domaines de l'activité humaine³²¹. Cherchant à se désencastrer, le marché tend à son autorégulation : il oppose, par la voix des néolibéraux, sa propre légitimité à celle du droit. De la confrontation sont issues la concurrence comme principe normatif omnipotent et (ce que nous n'avons pas abordé) la marchéisation du droit (le droit comme objet d'échanges marchands)³²². La régulation juridique est la réponse formulée par l'État. Grâce à l'institution d'agences administratives indépendantes, comme nos ARN, le marché obtient un

³¹⁹ On peut préciser cette affirmation. En effet, dans un système de services publics, l'entreprise en monopole est dirigée par un organe de gouvernement. Mais la régulation du service n'est pas nécessairement exprimée dans des formes juridiques : « Dans une telle situation, il n'était pas indispensable de formuler dans des règles explicites la volonté publique. Cette dernière pouvait être communiquée de manière informelle par les représentants siégeant dans l'entité concernée. » P. NIHOUL, « Norme, régulation et réforme des télécommunications », *op. cit.*, p. 391.

³²⁰ D. TERRE, « Droit et marché », *L'Année sociologique*, 1999, p. 383.

³²¹ Ainsi, la politique se laïcise, les sciences, l'art et la philosophie rompent leurs liens, la division du travail se complexifie, le droit se distingue de la morale. *Ibidem*.

³²² *Ibid.*, p. 385.

Service public et droit en réseau

droit affranchi de l'État et plus conforme à ses situations complexes³²³. Les normes juridiques servent alors d'adjuvant au marché : elles permettent au libre jeu de l'offre et de la demande de s'effectuer, aux grands équilibres de se maintenir, à la concurrence de se déployer. « L'idée de régulation sous-entend celle de vie, celle d'une nature naturelle qu'il conviendrait de respecter et de favoriser tout à la fois »³²⁴. Dans le modèle de la hiérarchie *dans* le réseau, les légitimités et les rationalités s'enchevêtrent de manière telle que le droit économique pourrait être la base d'une réorganisation totale du droit³²⁵. Dans les règles applicables au secteur des télécommunications que nous avons étudiées, nous avons bel et bien rencontré les points de contact entre les intérêts à protéger : les droits du marché et de la concurrence d'un côté, les intérêts publics de l'autre (service universel, mais aussi protection de la vie privée et le pluralisme dans les médias)³²⁶.

Le danger de l'enchevêtrement des légitimités est une soumission totale du droit par rapport à l'économie. On pourrait l'illustrer par les termes de *réseau sur la hiérarchie*. Il se produirait alors une capture générale de la rationalité juridique par celle du marché. On vivrait alors une phase de fatigue ou d'inertie d'un droit abandonnant ses fonctions régulateurs. Il se rendrait ainsi incapable d'imposer les valeurs qu'il porte en lui³²⁷, qu'elles soient nécessaires selon sa propre rationalité ou celles d'autres systèmes sociaux³²⁸.

Quels sont alors les besoins en hiérarchie d'un marché libéralisé ?

Si l'on fait le pari de la « régulation juridique », de l'abandon de la « réglementation » de l'économie³²⁹, de la promotion d'un modèle mixte de hiérarchie et de réseau, il sera nécessaire de désigner les éléments sur lesquels le droit ne pourra transiger. Il doit s'agir, selon nous, de l'effectivité des droits bien plus que du symbole de la puissance étatique sur la société³³⁰.

³²³ Cette forme de conciliation des rationalités de réseau et de hiérarchie est celle qui concerne notre objet d'étude. On pourrait généraliser ces solutions en utilisant la notion de « constitutional order », comme le fait CH. SABEL, « Constitutional ordering in historical context », in F. SCHARPF (dir.), *Games in hierarchies and networks, analytical and empirical approaches to the study of governance institutions*, Francfort, Campus Verlag/Westview Press, 1993, pp. 65-123.

³²⁴ D. TERRE, *op. cit.*, p. 396.

³²⁵ « N'est-ce pas le but suprême du Droit économique, comme du droit en général, d'aménager le mieux possible l'OÏKOS de l'humanité pour que chaque Homme puisse y vivre les effets d'un ETHOS équilibré assurant son épanouissement personnel, des paisibles relations avec les autres ? » Cl. CHAMPAUD, *op. cit.*, pp. 65-66

³²⁶ W. SAUTER, *EU regulation for the convergence of media, telecommunications and information technology: arguments for a constitutional approach ?*, Diskussionspapier, Zentrum für europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen, 1998, point 4.6.

³²⁷ Pour ce qui nous concerne : « (...) [U]n risque grave : l'impératif de concurrence, au lieu d'être englobé par la notion de service public, en vient à l'englober, selon une capacité globalisante de la coordination marchande que l'on mesure bien aujourd'hui. » L. THEVENOT, *op. cit.*, p. 140.

³²⁸ Dans la régulation en effet, le droit n'est pas réduit au maintien du fonctionnement autonome du marché, mais doit aussi harmoniser les rationalités sectorielles d'autres systèmes. D. TERRE, *op. cit.*, p. 400.

³²⁹ *Ibid.*, p. 395.

³³⁰ Voy. L. THEVENOT, *op. cit.*, p. 134 sur la dissociation entre État et les justifications du service public.

Service public et droit en réseau

L'effectivité des droits fondamentaux doit justifier une hiérarchie du droit sur le réseau de l'économie. Ces dernières années, nous avons en effet assisté à l'émergence des droits d'accès aux services d'intérêt économique général, comme le prévoit par exemple l'art. 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. « La notion de droit fondamental est bien adaptée puisqu'elle est tout à fait ouverte à un pluralisme des droits de même niveau, parmi lesquels peut d'ailleurs se situer une garantie de concurrence pour le consommateur. »³³¹ Une fois la justification de cette effectivité établie, il faudra être réaliste et recourir à des formes d'organisation efficaces garantissant l'exercice de ces droits.

Le marché tel qu'il se forme aujourd'hui semble avoir pour vocation de s'étendre à la multitude de « biens publics », et notamment à ces services qui font encore l'objet d'une intervention de l'État et de règles protectrices (la santé, l'éducation, l'environnement). S'il déborde de sa sphère, sans consensus social, il sera tyrannique et fera naître « le sentiment d'abus de pouvoir et d'injustice »³³². Or la grandeur du service public est de remédier solidairement à des inégalités causées par les situations de fait³³³. Le marché souffre ici d'un paradoxe qui est celui de défendre la concurrence pour l'intérêt général des consommateurs/usagers³³⁴. O. De Schutter rappelle que la réalisation du droit de l'individu à la fourniture de certains services est essentielle, sinon « il n'aura pas même la possibilité effective de s'inscrire dans le marché. »³³⁵ Il s'agit donc quasiment d'une condition d'existence de l'ordre du marché. Le marché doit ainsi supporter des obligations, comme celles du service universel, qui ne correspondent ni à son intérêt immédiat (les opérateurs ne perçoivent que le coût de ces obligations) ni à son mode d'autorégulation (ces obligations relevant d'une « dernière » imputation hiérarchique).

A quelle forme d'organisation réaliste recourir ? Tout le monde s'accorde à dire que la conciliation du fonctionnement du marché et de l'effectivité des droits fondamentaux ne passe plus par une régulation « bureaucratique de l'État »³³⁶ ou « une forme renouvelée de monopole public voué à un intérêt général indiscuté »³³⁷. Une réalisation satisfaisante de la hiérarchie dans le réseau impliquera la mise en place de « nouveaux dispositifs institutionnels »³³⁸ qui ne se confondent pas avec le modèle des agences administratives indépendantes que nous avons décrit³³⁹. Il faudra créer des lieux de formations de légitimité « qui prennent en compte l'exigence de composition entre une pluralité d'ordre de justifications. »³⁴⁰ Pratiquement, il s'agira de rencontres entre entreprises et clientèle qui devront mettre en œuvre des processus délibératifs pour définir la qualité des produits et des services. Il s'agit donc de permettre la rétroaction du droit sur le marché.

³³¹ *Ibid.*, p. 138.

³³² *Ibid.*, p. 129.

³³³ *Ibid.*, p. 133.

³³⁴ De la même manière que la modernité doit supporter le paradoxe de la hiérarchie de l'État pour réaliser un idéal égalitaire. Voy. *supra*.

³³⁵ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, *in fine*.

³³⁶ L. THÉVENOT, *op. cit.*, p. 137-138 ;

³³⁷ L-L. CHRISTIANS, « Vers un service universel contextualisé », *op. cit.*, p. 198 ; *idem*, « La procéduralisation du droit face à l'évolution complexe des télécommunications. Démocratie et convergence des médias », in *op. cit.*

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ Ces agences sont en proie à la capture : elles naviguent « entre conflit et complaisance ». L. THÉVENOT, *op. cit.*, p. 138

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 139.

Conclusion générale

Res, non verba

Nous avons tenté, au cours de ce travail, de démontrer la réalité du phénomène de réseau dans les dispositifs juridiques grâce à une analyse du droit applicable aux télécom. Ce secteur a connu une réforme européenne qui l'a mené d'un système de monopole administratif à un marché concurrentiel. Le droit européen a ainsi transformé le visage de l'État dans son face-à-face avec ses services publics : les responsabilités du pouvoir exécutif ont largement été transférées à des autorités administratives indépendantes. Le système du service universel change aussi la méthode du service public : ce n'est plus un monopole mais un ensemble d'entreprises actives sur le marché qui prend en charge les services essentiels. Le droit européen tente ainsi, bon gré mal gré, de concilier le marché avec l'intérêt général.

Les réformes européennes ont réalisé un renversement de perspective. Le service public, c'était une activité d'intérêt général à laquelle se livrait l'État doté de ses prérogatives dans l'arène de la société. Le service universel, c'est la prise en charge de l'intérêt général par le marché dans des conditions (de caractère économique) d'accessibilité, de qualité et d'abordabilité. L'État est ainsi renvoyé à des pures fonctions de puissance publique et est prié de s'enchâsser dans les processus concurrentiels s'il souhaite exercer des activités économiques. Dans son rapport au marché, l'État doit se faire régulateur. Comme un thermostat, il ne veille qu'au bon fonctionnement endogène du système économique.

Un avenir : pour le meilleur ?

Les phénomènes de réseau procèdent d'une idéologie née avec l'explosion des technologies de l'information. Ces nouvelles techniques permettent de remettre en cause l'organisation des services publics : le monopole ne se justifie plus et le marché est beaucoup plus efficace dans la répartition de ces nouveaux biens. Les idées néolibérales sous-jacentes poussent à évacuer toute structure pyramidale sur la société, à réduire le nombre de règles contraignantes, le libre jeu des libertés de chacun étant bénéfique pour tout un chacun. Le discours est celui d'une libération, d'une mise à jour de l'idéal de liberté et d'égalité porté par la modernité. Le réseau apparaît comme la structure la plus capable de réaliser les préférences de chacun. Nous avons cependant vu que le rôle actuel du droit est celui d'une hiérarchie *dans* le réseau, que cette position semble devoir être promue. Le droit doit cependant s'assurer de ne pas être « capturé » par la rationalité du marché au risque de ne pas pouvoir réaliser sa propre légitimité. Celle-ci est entre autre la valeur d'égalité qu'il y a au fondement du service public.

« S'il est important de reconnaître la fonction du marché, il l'est tout autant d'estimer à sa juste mesure le rôle des autres libertés politiques, économiques et sociales, dans l'amélioration de la vie des individus. »³⁴¹

³⁴¹ A. SEN, *Un nouveau modèle économique, Développement, justice, liberté*, Paris, Odile Jacob, 2000, p. 19.

Table des matières

| | |
|---|-----|
| Introduction | 1 |
| Partie 1 : Changements juridiques | 3 |
| Chapitre 1 : Image d'une théorie classique du service public..... | 3 |
| Section 1 : Service public et théorie de l'État | 3 |
| §1 De l'État de puissance publique | 3 |
| §2 ... à l'État de service(s) public(s)..... | 4 |
| §3 Crise de l'État providence : marché et efficacité..... | 9 |
| Section 2 : Le cœur du droit administratif continental..... | 11 |
| §1 Une activité au régime et au statut juridiques exorbitants | 11 |
| §2 Les lois du service public | 13 |
| §3 Citoyenneté, démocratie et droits humains | 15 |
| Section 3 : Les mutations du service public sous l'effet du droit européen..... | 17 |
| §1 De la soumission à la concurrence | 18 |
| §2 ... A la reconnaissance et la « constitutionnalisation » | 22 |
| §3 Nouveaux concepts et nouvelles régulations..... | 26 |
| Conclusion du chapitre 1 | 28 |
| Chapitre 2 : La nouvelle formulation du service public..... | 29 |
| Section 1 : Prémises : le droit européen des télécommunications | 29 |
| §1 Une libéralisation exemplaire | 30 |
| §2 Le réexamen de 1999 et l'enquête de 2000..... | 31 |
| §3 Les directives du 7 mars 2002 | 32 |
| Section 2 : La régulation indépendante des services publics..... | 33 |
| §1 Le rôle ambigu du droit européen dans son apparition | 33 |
| §2 Les règles européennes du statut de l'indépendance..... | 35 |
| §3 Fonctions de l'autorité réglementaire nationale..... | 36 |
| Section 3 : Le service universel en droit européen des télécommunications | 38 |
| §1 Une origine paradoxale..... | 39 |
| §2 Une consécration législative qui se fait attendre..... | 40 |
| §3 Le système du service universel mis en place..... | 43 |
| Conclusion du chapitre 2 | 48 |
| Partie 2 : Conséquences théoriques | 49 |
| Chapitre 1 : L'État « enchâssé »..... | 49 |
| Section 1 : Les éléments à charge..... | 49 |
| Section 2 : L'avenir d'un État régulateur | 51 |
| Chapitre 2 : La citoyenneté de marché..... | 52 |
| Section 1 : L'idéologie du réseau | 53 |
| Section 2 : Changements sociaux et technologies de l'information..... | 55 |
| Chapitre 3 : Le droit concurrenté..... | 56 |
| Section 1 : Des normativités concurrentes | 56 |
| Section 2 : Une hiérarchie dans le réseau | 57 |
| Conclusion générale | 60 |
| Table des matières | 61 |
| Bibliographie | 622 |

Bibliographie

Décisions de jurisprudence

- CJCE, 30 avril 1974, aff. C-155/73, *Sacchi*, *Rec.*, I, p. 409
- CJCE, 20 février 1979, aff. C-120/78, *Cassis de Dijon*, *Rec.*, I, p. 649
- CJCE, 20 mars 1985, aff. C-41/83, *République italienne c/ Commission*, *Rec.*, I, p. 873
- CJCE, 16 juin 1987, aff. C-118/85, *Commission c/ République italienne*, *Rec.*, I, p. 2619
- CJCE, 29 septembre 1987, aff. C-126/86, *F. R. Giménez Zaera*, *Rec.*, I, p. 3697
- CJCE, 5 octobre 1988, aff. C-196/87, *Steymann*, *Rec.*, I, p. 6159
- CJCE, 11 mars 1991, aff. C-202/88, *République française c/ Commission*, *Rec.*, I, p. 1223
- CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner*, *Rec.*, I, p. 1979
- CJCE, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, *Rec.*, I, p. 5891
- CJCE, 13 décembre 1991, aff. C-18/88, *Régie des télégraphes et téléphones*, *Rec.*, I, p. 5941
- CJCE, 17 novembre 1992, aff. C-271/90, 281/90, 289/90, *Royaume d'Espagne, e. a. c/ Commission*, *Rec.*, I, p. 5833
- CJCE, 7 février 1993, aff. C-159/91 et C-160/91, *Poucet*, *Rec.*, I, p. 664
- CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Corbeau*, *Rec.*, I, p. 2533
- CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-69/91, *Decoster*, *Rec.*, I, p. 5335
- CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-92/91, *Taillandier*, *Rec.*, I, p. 5403
- CJCE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *Eurocontrol*, *Rec.*, I, p. 43
- CJCE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*, *Rec.*, I, p. 1477
- CJCE, 5 octobre 1995, aff. C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, *Rec.*, I, p. 2283
- CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-157/94, *Commission c/ Royaume des Pays-Bas*, *Rec.*, I, p. 5699
- CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-158/94, *Commission c/ République italienne*, *Rec.*, I, p. 5789
- CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission c/ République française*, *Rec.*, I, p. 5815
- CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-160/94, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, *Rec.*, I, p. 5851
- CJCE, 25 juin 1998, aff. C-203/96, *Dusseldorp*, *Rec.*, I, p. 4075
- CJCE, 1^{er} octobre 1998, aff. C-38/97, *Autotrasporti Librandi*, *Rec.*, I, p. 5292
- CJCE, 10 février 2000, aff. C-147/98 et C-148/98, *Deutsche Post AG*, *Rec.*, I, p. 825
- CJCE, 12 septembre 2000, aff. C-180/98 à C-184/98, *Pavlov*, *Rec.*, I, p. 6451
- CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*, *Rec.*, I, p. 10745
- CJCE, 25 octobre 2001, aff. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Rec.*, I, p. 8089
- CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-53/00, *Ferring*, *Rec.*, I, p. 9067
- CJCE, 13 décembre 2001, aff. C-79/00, *Telefonica de España SA*, *Rec.*, I, p. 10075
- CJCE, 22 janvier 2002, aff. C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C*, (non encore publié)
- TPICE, 30 janvier 2002, aff. T-54/99, *Max-Mobil*, (non encore publié)
- CJCE, 24 octobre 2002, aff. C-82/01, *Aéroports de Paris*, (non encore publié)
- Bruxelles, 26 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 130, note A. EVERARD.

Service public et droit en réseau

Droit positif (cfr Annexes)

Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *JO L* n° 108 du 24 avril 2002.

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *JO L* n° 108 du 24 avril 2002

Liste des abréviations des titres de périodiques

| | |
|-------------------------|---|
| <i>AJDA</i> | Actualités juridiques – Droit administratif |
| <i>Ann. Drt. Louv.</i> | Annales de droit de Louvain |
| <i>APT</i> | Administration publique trimestriel |
| <i>CDE</i> | Cahiers de droit européen |
| <i>CMLR</i> | Common Market law review |
| <i>JOCE</i> | Journal officiel de la Communauté européenne |
| <i>JT</i> | Journal des tribunaux |
| <i>JTDE</i> | Journal des tribunaux – Droit européen |
| <i>RDP</i> | Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger |
| <i>RDUE</i> | Revue du droit de l'Union européenne |
| <i>Rev. Trim. D. H.</i> | Revue trimestrielle des droits de l'homme |
| <i>RFDA</i> | Revue française de droit administratif |
| <i>RIDE</i> | Revue internationale de droit économique |
| <i>RMCUE</i> | Revue du marché commun de l'Union européenne |
| <i>RTDE</i> | Revue trimestrielle de droit européen |
| <i>RW</i> | Rechtskundig weekblad |

Ouvrages et articles de doctrine

- ALEXIS (A.), « Services publics et aides d'État », *RDUE*, 2002, p. 63-107.
- AMSELEK (P.), « Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA*, 1968, p. 492-514.
- ARNAUD (A.-J.), *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975
- AUBY (J.-Fr.), *Les services publics en Europe*, Paris, PUF, 1998.
- *Idem*, *La délégation de service public*, Paris, PUF, 1995.
- BARBET (P.), GONZALEZ (A.), « La notion de service universel dans les télécommunications : évolution et nécessité d'une nouvelle définition », *RIDE*, 1999, p. 59-75.
- BARBER (B.R.), « Which technology for which democracy ? Which democracy for which technology ? », *International Journal of communications law and policy*, 2001, n°6.
- BECK (U.), « La fin du néolibéralisme », *Le Monde*, 10 novembre 2001, p. 1 et 16
- BERROD (Fr.), WACHSMANN (A.), « Les critères de justification des monopoles : un premier bilan après l'affaire Corbeau », *RTDE*, 1994, p. 39-61.
- BLACKMAN (C.R.), « Universal service : obligation or opportunity ? », *Telecommunications policy*, 1995, p. 171-176.
- BOLTANSKI (L.), CHIAPELLO (E.), *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999.
- BONDROIT (M.-E.), CHEFFERT (J.-M.), DE LA VALLEE (FL), LECOQ (L.), LEONARD (Th), LOUVEAUX (C.), POTELLE (P.-Y.), QUECK (R.), « Vers un nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques : réflexions à mi-chemin », *FUNDP*, 2001, <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/telecom/default.htm>, p. 36
- BRACONNIER (St.), « La régulation des services publics », *RFDA*, 2001, p. 43-57.
- BROWNING (J.), « Universal service (an idea whose time is past) », *Wired*, n°2.09, 1994, p. 102-54
- BUZELAY (A.), « De la dérégulation des télécommunications dans l'Union : de l'utilisateur contraint par le monopole au service public contraint par la concurrence », *RMCUE*, p. 24-34.
- CAMBIER (C.), *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968.
- CASTELS (M.), *La société en réseau, l'ère de l'information*, Paris, Fayard, 1998
- CHAMPAUD (Cl.), « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, p. 23-66.
- CHAPUS (R.), « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 235-282
- CHEFFERT (J.-M.), COUNE (E.), CURIEN (N.), *Service universel, concurrence et télécommunications*, *Cahiers du CRID*, Namur, 1999
- CHEVALLIER (J.), *Le service public*, 4^{ème} éd., Paris, PUF, 1997.
- *Idem*, « Les mutations du secteur français de la communication, opérateurs globaux et instances de régulations », *RIDE*, 1999, p. 43-58.
- *Idem*, « COB, CNIL, CNCL et Cie : la "philosophie" des autorités administratives indépendantes », *RIDE*, 1986, p. 13-28.
- *Idem*, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA*, 1996, p. 909-951.
- *Idem*, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1992.
- *Idem*, « Regards sur une évolution », *AJDA*, juin 1997 spécial, p. 8-15.

Service public et droit en réseau

- CHRISTIANS (L.-L.), « Vers un service universel contextualisé », in P. NIHOUL (dir.) *Telecommunications and Broadcasting Networks under EC Law : The Protection Afforded to Consumers and Undertakings in the Information Society*, Series of Publications by the Academy of European Law, Trier, Köln, Bundesanzeiger, 2000, pp. 183-203.
- *Idem*, « La procéduralisation du droit face à l'évolution complexe des télécommunications. Démocratie et convergence des médias », in *Démocratie et Procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 411-437.
- COHEN (D.), *Les infortunes de la prospérité*, Paris, Julliard, 1994
- COHEN (E.), *L'ordre économique mondial, essai sur les autorités de régulation*, Paris, Fayard, 2001.
- *Idem*, « De la réglementation à la régulation : histoire d'un concept », *Problèmes économiques*, 20 septembre 2000 (n°2680), p. 1-4.
- CRABBE (V.), SEELDRAYERS (E.-P.), *Les composants de l'État moderne, procès du paraétatisme et des structures traditionnelles de l'État*, Cahier de l'Institut de sociologie Solvay, Bruxelles, Ed. de la Librairie encyclopédique, 1955.
- DE SCHUTTER (O.), « Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général comme instrument de promotion des droits sociaux dans le cadre du marché intérieur », in *L'Europe et les services d'intérêt général*, Académie de droit européen de Trèves, à paraître.
- DEBENE (M.), RAYMUNDIE (O.), « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA*, 1996, p. 183-191.
- DE MUNCK (J.), « Les changements cognitifs et organisationnels dans la régulation des télécommunications », *Carnets du centre de philosophie du droit*, 1996, n°30.
- DE STREEL (A.), QUECK (R.), VERNET (PH.), « Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques », *CDE*, 2002, p. 243-314.
- DEVROE (W.), « Privatizations and community law : Neutrality versus policy », *CMLR*, 1997, pp. 267-306.
- *Idem*, « "Universele dienstverlening" als nieuwe manier van denken ? », *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2000, p. 82-95.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1928.
- DUPUY (J.-P.), *Libéralisme et justice sociale, le sacrifice et l'envie*, Paris, Hachette, 1997
- DUMEZ (H.), JEUNEMAITRE (A.), « Les institutions de la régulation des marchés : études de quelques modèles de référence », *RIDE*, 1999, pp. 11 et ss.
- ERGEC (R.), *Introduction au droit public, t. 1, le système institutionnel*, 2^{ème} éd., Diegem, Story-Scientia, 1994.
- FERREIRA (N.), « La notion d'exécution d'office », *AJDA*, juillet 1999 (spécial), p. 41-45
- FERRY (J.-M.), *La question de l'Etat européen*, Gallimard, 2000.
- FLAMME (M.-A.), « Service public et puissance publique. Mythes ou réalités ? », in *Mél. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, p. 477-492.
- FREEDLAND (M.), SCIARRA (S.) (dir.), *Public services and citizenship in european law, Public and labour law perspectives*, Oxford, Clarendon, 1998.
- GEOFFROY (J.-B.), « Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre », *RDP*, 1987, p. 49-89
- GIJSSELS (J.), « Stakingrecht in de overheidsdiensten en continuïteitsbeginsel », in *Algemene rechtsbeginselen*, Anvers, Kluwer, 1991, p. 299-337.

Service public et droit en réseau

- GLASER (R.), « Universal service does matter », *Wired*, n°3.01, 1995
- GRARD (L.), « Place et signification de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt général », *Era-Forum/Scripta juris europaei*, 2002, p. 158-164.
- HABERMAS (J.), *Après l'Etat-nation, une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000.
- HACHEZ (I.), « L'effet standstill : le pari des droits économiques, sociaux et culturels ? », *A.P.T.*, 2000, p. 31 ss
- HAMON (F.), « Note de jurisprudence sous CJCE, 23 octobre 1997, Commission c/ France », *AJDA*, 1997, p. 1002
- HATZOPOULOS (V.), « L'«Open Network Provision» (ONP), moyen de dérégulation », *RTDE*, 1994, p.63-99.
- HAYEK (FR. A.), *Droit, législation et liberté, t.1 Règles et ordre, t. 2. Le mirage de la justice sociale, t. 3 L'ordre politique d'un peuple libre*, Paris, PUF, 1995
- HERZOG (R.), « Le prix du service public », *AJDA*, juin 1997 spécial, p. 8-15
- KARAYANNIS (V.), « Le service universel de télécommunications en droit communautaire : entre intervention publique et concurrence », *CDE*, 2002, p.315-375.
- KARPENSCHIF (M.), « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA*, 2002, p. 95-103.
- KELLY (K.), « New rules for the New economy, twelve dependable principles for thriving in a turbulent world », *Wired*, n°5.09, pp. 140-144 et 186-197
- KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTDE*, 1996, p. 215-242 et 493-533.
- KRONENBERGER (V.), « Les monopoles publics et le droit communautaire : entre neutralisation et justification », *JTDE*, 1998, p. 193-200 et 223-238.
- LEGRAND (J.) ROBINSON (R.) (dir.), *Privatisation and the welfare state*, Londres, Allen & Unwin, 1985.
- LEROY (CHR.), « Les rapports contemporains entre l'État et le marché : essai d'interprétation », *RFDA*, 1996, p. 515-531.
- *Idem*, « L'intérêt général comme régulateur des marchés. A propos de deux arrêts CJCE du 5 octobre 1995 *Centro servizi Spediporto* (C-96/94) et du 1^{er} octobre 1998 *Autotrasporti Librandi* (C-38/97). », *RTDE*, 2001, p. 49-61.
- LESSIG (L.), *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.
- LETWIN (W.), ROE (CHR.), TYLER (M.), « Universal service and innovation in telecommunication services. Fostering linked goals through regulatory policy », *Telecommunications policy*, 1995, p. 3-20.
- LIBERTUS (M.), « The EU regulatory framework for electronic communications and the Commissions proposal for a decision on a regulatory framework for radio spectrum in the community. Concerns of and consequences for public broadcasters in the EU », *International Journal of communications law and policy*, 2001, n°6.
- LLOBERA (J.), « La fonction publique et la liberté syndicale dans les normes internationales du travail », *Rev. trim. D. H.*, 1992, p 321- 344
- LONG (M.), « Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, p. 1161-1168.
- LYON-CAEN (A.) et CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Paris, Dalloz, 2001.
- *Idem*, « Les services publics et l'Europe : quelle union ? », *AJDA*, juin 1997 spécial, p. 33-36.
- MCLEAN (I.), *Public Choice, an introduction*, Oxford, Basil Blackwell, 1987

Service public et droit en réseau

- MESCHERIAKOFF (A.-S.), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1997.
- MILANESI (E.M.), « Les “services d'intérêt économique général”, les entreprises publiques et les privatisations », *RDUE*, 2000, p. 117-149.
- MORAND (Ch.-A.), « La fin des règles fixes », *Revue européenne des sciences sociales*, 1996, p. 195-205.
- MUSSO (P.) (dir.), *Réseaux et société*, Paris, PUF, 2003
- NIHOUL (M.), *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, La Chartre, 2001.
- NIHOUL (P.) (dir.), *Telecommunications and Broadcasting Networks under EC Law : The Protection Afforded to Consumers and Undertakings in the Information Society*, Series of Publications by the Academy of European Law, Trier, Köln, Bundesanzeiger, 2000.
- CHRISTIANS (L.-L.), « Vers un service universel contextualisé », *in op. cit.*, p. 183-203.
 - NIHOUL (P.), « Les défis lancés au système juridique par la société de l'information », *in op. cit.*, p. 7-16.
- NIHOUL (P.), *Droit européen des télécommunications*, Bruxelles, Larcier, 1999.
- *Idem*, « Les services d'intérêt général », in Y. LEJEUNE (dir.), *Le traité d'Amsterdam, espoir et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 341-355.
 - *Idem*, *La concurrence est le droit, la position occupée par les entreprises, les consommateurs et les autorités, s.l.*, Ed. EMS, 2001
 - *Idem*, « Convergence in european telecommunications. A case study on the relationship between regulation and competition (law) », *International journal of communications law and policy*, 1999, p. 39-72.
 - *Idem*, « Norme, régulation et réforme des télécommunications », *Ann. Drt. Louv.*, 1998, p. 389- 423.
- NUCHELMANS (D.), « Privatisation et mécanisme de marché dans le secteur des télécommunications : dérégulation ... rerégulation ? », *RIDE*, 1992, p. 191.
- OST (FR.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 2002
- PROSSER (T.), « Les institutions protégeant l'intérêt général après les privatisations : l'expérience britannique », *RIDE*, 1997, p. 175 et ss.
- QUECK (R.), « The future of national telecommunications regulatory authorities », *Info*, 2000, p. 251-269.
- QUERTAINMONT (PH.), *Droit administratif de l'économie*, Diegem, Story-Scientia, 1986.
- *Idem*, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 : du desserrement de l'étreinte étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques », *in Les entreprises publiques autonomes, la nouvelle loi du 21 mars 1991*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 65-88.
- RAPP (L.), « La politique de libéralisation des services en Europe, entre service public et service universel », *RMCUE*, 1995, p. 352-357.
- RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1995
- RODRIGUES (ST.), *La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports*, Paris, Tec&Doc/Lavoisier, 2000.
- *Idem*, « Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité : le mandat de Barcelone », *RMCUE*, 2002, pp. 291-298.
- ROSANVALLON (P.), *La crise de l'État-providence*, 3^{ème} éd., Paris, Seuil, 1992
- *Idem*, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État providence*, Paris, Seuil, 1995

Service public et droit en réseau

- ROSS (M.), « Article 16 EC and services of general interest: from derogation to obligation », *European law review*, p. 22-38.
- SAUTER (W.), *EU regulation for the convergence of media, telecommunications and information technology: arguments for a constitutional approach ?*, Diskussionspapier, Zentrum für europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen, 1998.
- SCHARPF (E.) (dir.), *Games in hierarchies and networks, analytical and empirical approaches to the study of governance institutions*, Francfort, Campus Verlag/Westview Press, 1993.
- SEN (A.), *Un nouveau modèle économique, Développement, justice, liberté*, Paris, Odile Jacob, 2000
- SORANA (V.), « Auctions for Universal Service Subsidies », *Journal of Regulatory Economics*, July 2000, pp. 33-58.
- SOULIE (D.), « Droits de propriété, déréglementation et reréglementation. Le cas du secteur des télécommunications », *RIDE*, 1992, p. 179.
- STEVENS (D.), UYTENDAELE (C.), VALCKE (P.), « De implementatie van de communicatierichtlijnen in België: kwintet of kakofonie? », *Computerrecht*, 2003, (à paraître).
- STOFFAËS (CHR.) (dir.), *Les services publics: questions d'avenir*, Commissariat général du plan, Paris, Odile Jacob/DF, 1995.
- TERRE (D.), « Droit et marché », *L'Année sociologique*, 1999, p. 381-405.
- THEVENOT (L.), « Les justifications du service public peuvent-elles contenir le marché ? », LYON-CAEN (A.) et CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Paris, Dalloz, 2001, p. 127-143.
- VALCKE (P.), STEVENS (D), DUMORTIER (J), « Van Tele-communicatie naar Elektronische Communicatie - Een eerste verkenning van het nieuwe Europese kader voor de elektronische communicatiesector », *R.W.*, 2002-2003, 841-857.
- VANDAMME (J.), VAN DER MENSBRUGGHE (FR.) (dir.), *La régulation des services publics en Europe*, Paris, éd. ASPE, 1998.
- VAN DER ESCH, (B.), « Dérégulation, autorégulation et le régime de la concurrence non faussée dans la CEE », *CDE*, 1991, p. 499 et ss.
- VAN DER MENSBRUGGHE (FR.), « Service universel: l'œuvre inachevée du législateur américain », *RIDE*, 1997, p. 351 à 388.
- VAN GEHUCHTEN (P.-P.), « Secteurs publics et droit communautaire, Quelle constitutionnalisation, de quelles entreprises publiques », *Revue Droit et Société*, 2003 (à paraître).
- *Idem*, « V° Entreprises publiques », *Dictionnaire permanent Droit européen des affaires*, Paris, Ed. Législatives, 2002, p. 1199
- VANTHEMSCHE (G.), *Les paradoxes de l'État, l'État face à l'économie de marché XIX et XX siècles*, Bruxelles, Labor, 1997.
- VERHOEST (P.), « The myth of universal service: hermeneutic considerations and political recommendations », *Media, culture and society*, 2000, p. 595-609.
- VERHOEVEN (A.), « Privatisation and EC law: is the European Commission « neutral » with respect to public versus private ownership of companies », *International and comparative law quarterly*, 1996, p. 861-887.
- XXX, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public du Conseil d'État français 2001, EDCE n°52, Paris, La documentation française, 2001