

DOCTRINE - RECHTSLEER

**L'utilisateur consommateur
et les services publics de nature économique¹**

**Quelques considérations générales
sur l'application des protections classiques
des consommateurs aux usagers du service public**

Catherine DELFORGE²

1. – *Introduction.* – Là où la protection des intérêts des consommateurs paraît inhérente à l'existence d'un marché concurrentiel, souvent perçu comme davantage susceptible de constituer un terrain favorable aux opportunités de l'économiquement fort, le service public semble, *a priori*, plus imperméable à de telles préoccupations. Lié à une certaine idée du bien commun et pénétré de grands principes qui constituent autant de garanties de légalité et d'égalité, les prestations qui le matérialisent ne paraissent, en effet, pas constituer une menace pour les intérêts des usagers-consommateurs ou, en tous les cas, naturellement respecter un compromis entre leurs intérêts et l'intérêt général.

Une question intéressante émerge pourtant de la confrontation de ces champs en apparence différenciés : celle-ci invite à apprécier si l'utilisateur du service public bénéficie des mêmes protections que celles dont jouit le consommateur en droit privé. Tel a notamment été l'objet d'une précédente étude que nous avons menée avec J.-Fr. Germain³ et dont nous souhaitons ici synthétiser, compléter ou préciser les principaux enseignements.

2. – *Plan des développements.* Avant d'aborder le thème central de l'étude, il nous paraît utile d'énoncer quelques précisions afin d'en fixer le cadre, ce que nous ferons dans un premier chapitre. Celui-ci propose de s'arrêter sur les notions, bien connues en droit belge, de «consommateur» et de «service public», mais aussi, et surtout, sur celles, plus

¹ Cette contribution prend appui sur des travaux de recherches réalisés antérieurement : C. DELFORGE et J.-Fr. GERMAIN, «Le consommateur et le service public : étude de droit privé», in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT et Fr. TULKENS (sous la coordination de –), *Le service public – Passé, présent et avenir*, t. I, Bruxelles, la Charte, coll. Bibliothèque de droit administratif, 2009, pp. 399-479, dont une synthèse a été reprise in C. DELFORGE, «Le consommateur et les services publics – Rapport belge», in *La protection du consommateur*, travaux de l'Association Henri Capitant, Journées internationales, Journées colombiennes, 16 p., à paraître.

² Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis.

³ Contribution précitée en note 1 et à laquelle nous renvoyons le lecteur pour davantage de références et développements.

récentes et d'inspiration européenne, de «service d'intérêt général», de «mission de service public» et de «service universel», désormais indissociables de la compréhension que l'on peut avoir de certaines prestations de «service public».

Une fois ce cadre posé, nous tenterons d'offrir quelques éléments de réponse à la question précédemment posée. En droit privé belge, deux «lois» seront alors naturellement conviées au débat en ce qu'elles constituent les principaux piliers d'une protection «horizontale» des intérêts économiques et juridiques des consommateurs : le Code civil (chapitre 2) et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur (ci-après la L.P.C.C.) – qui est abrogée et sera remplacée, mi-mai, par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur⁴ – (chapitre 3). Il s'agira alors, dans ces deux chapitres, d'apprécier dans quelle mesure la loi et la jurisprudence ont appliqué ou écarté les protections «classiques» qu'offrent ces deux législations aux prestations de service public et, surtout, si s'en suit un surcroît ou un déficit de protection dans le chef des usagers.

I. Prolégomènes : définition des notions et cadre européen des protections de l'utilisateur

3. – *Introduction.* – Deux précisions terminologiques et contextuelles s'imposent au préalable. Elles concernent les notions centrales de l'étude : celle de «consommateur», d'abord, et celle de «service public», ensuite.

Ces notions ont en commun d'être davantage connotées par l'une des grandes branches du droit – le droit privé pour la première et le droit public pour la seconde – mais, surtout, de ne présenter sous leur regard aucun sens arrêté, fixé *ex ante*. Là où le contenu de la notion de consommateur est, en effet, variable selon la législation consumériste susceptible de trouver application, la définition de la notion de service public reste délicate en droit belge et, surtout, paraît présenter des contours nouveaux suite aux récentes initiatives européennes accompagnant l'ouverture des anciens monopoles publics à la concurrence. Quelques éclaircissements sont donc nécessaires.

⁴ *M.B.*, 12 avril 2010. Se joint à cette loi une autre loi, du même jour, concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010, p. 20841.

A. Le «consommateur»

4. – *La notion de consommateur, une notion au contenu variable*⁵. – Tout comme celle de client⁶, la notion de consommateur⁷ est d'apparition relativement récente dans la sphère du droit public, lequel use davantage des termes «usager»⁸, «utilisateur»⁹, «administré»¹⁰, voire retient un vocable propre au domaine d'activité qu'il prétend régler (comme le patient, l'abonné, l'assuré social, etc.)¹¹.

⁵ Voy. aussi sur cette notion M. VAN DEN ABEELE, «Les contours de la notion de consommateur dans la loi sur les pratiques du commerce», *D.C.C.R.*, 2007, pp. 61-69.

⁶ Cette notion est parfois utilisée : voy. notamment l'arrêté du gouvernement flamand du 31 janvier 2003 relatif aux obligations de service public dans le marché libéré de l'électricité, *M.B.*, 21 mars 2003, tel que modifié par un arrêté du 20 juin 2003, *M.B.*, 11 août 2003; l'arrêté du gouvernement wallon du 10 avril 2003 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité, *M.B.*, 13 avril 2003; le décret du Conseil régional wallon du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, *M.B.*, 1^{er} mai 2001.

En droit privé, la notion est notamment utilisée par la loi du 2 août 2002 qui réglemente la publicité, les clauses abusives et les contrats à distance conclus avec les titulaires de professions libérales, *M.B.*, 20 novembre 2002.

⁷ La notion de consommateur est de plus en plus souvent retenue en matière de service public comme l'attestent, notamment, la loi du 12 avril 1995 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, *M.B.*, 7 mai 1995; la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et autres produits, *M.B.*, 8 avril 1977; les lois du 29 avril 1999 relatives à l'organisation du marché de l'électricité et du gaz, *M.B.*, 11 mai 1999; la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005; la loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radio-transmission et de radiodistribution, *M.B.*, 5 juillet 2007, spécialement l'article 2, 3^o et 4^o. Voy. aussi la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques économiques qui emploie désormais également la notion de «consommateur», sans toutefois avoir supprimé la notion d'«usager».

⁸ Voy. par exemple la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991 ainsi que l'article 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 9 octobre 1992 relatif au service de médiation dans certaines entreprises publiques autonomes, *M.B.*, 19 novembre 1992.

⁹ Voy. spécialement l'arrêté royal du 28 octobre 1996 portant la liste des services prestés au titre de service universel des télécommunications, *M.B.*, 10 décembre 1996. Voy. aussi en jurisprudence Bruxelles, 9^e ch., 26 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 130.

On notera que, dans la sphère du droit privé, certaines lois récentes, initialement orientées sur la sécurité des «consommateurs», ont étendu leur champ d'application en remplaçant ce terme par celui, plus large, d'utilisateur (voy. spécialement le changement de terminologie opéré par une loi du 18 décembre 2002 dans la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des produits et des services).

¹⁰ Voy. notamment le décret du 20 juin 2002 portant création du service du médiateur de la Communauté française, *M.B.*, 19 juillet 2002.

¹¹ Chaque intervention législative ou réglementaire peut, en l'espèce, retenir des définitions propres. Ainsi, en matière de fourniture d'énergie en Région de Bruxelles-Capitale, parle-t-on aussi de «consommateur résidentiel», entendu comme étant «le client raccordé au réseau qui achète l'électricité pour l'usage principal de son ménage et dont la facture est établie à son propre nom» (article 2, 29, de l'ordonnance de la Région bruxelloise du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité, tel qu'inséré en 2006). En matière de téléphonie, coexistent les notions d'utilisateur (qui est ici la personne physique que la personne morale «qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public», article 2, 12^o, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005) et celle, plus

Du côté du droit privé, si la notion est effectivement devenue commune, son contenu n'est pas unique. Il dépend, en effet, de la définition que retient la législation qui a vocation à s'appliquer au cas d'espèce¹².

Dans le cadre de la présente étude, nous proposons de retenir le plus petit commun dénominateur des législations consuméristes et entendrons, dès lors, l'expression comme visant la personne *physique* qui agit à *des fins* qui n'entrent pas dans le cadre d'une activité professionnelle, que celle-ci soit commerciale, libérale, artisanale ou industrielle.

Cette définition, restrictive, et qui rencontre le sens commun que l'on est naturellement tenté de donner à la notion, est aussi celle que retiennent les plus récentes initiatives en la matière¹³. On songe ici, notamment, à l'article 2, a), de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales – et, à sa suite, à l'actuel article 93, 1°, de la L.P.C.C. – à l'article 2 de la proposition de directive du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs¹⁴ ainsi qu'à l'article 2 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur¹⁵.

La L.P.C.C.^{16 17} réserve pourtant un contenu plus large à la notion de consommateur lorsque, en son article 1^{er}, 7°, elle y intègre également les personnes mora-

restrictive, de consommateur (visant alors «toute personne physique qui utilise ou demande un service de communication accessible au public à des fins autres que professionnelles» (article 2, 14°, de la loi précitée). Voy. aussi à ce propos C. MARR, «La protection du consommateur dans les contrats de téléphonie et de fourniture d'énergies : secteurs en manque de transparence?», in J. LAFFINEUR (sous la direction de –), *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, C.U.P., mars 2009, vol. 109, Liège, Anthemis, 2009, p. 150, n° 20.

¹² L'harmonisation de la notion de consommateur constitue d'ailleurs un souhait de la Commission européenne : voy. spécialement le deuxième rapport de la Commission sur l'état d'avancement du cadre commun de référence du 25 juillet 2007, Comm. (2007) 447 final. C'est également une des volontés manifestées par le gouvernement à travers la nouvelle définition réservée à la notion dans la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (voy. à ce propos ce qui sera dit *infra*).

¹³ D'autres législations consuméristes plus anciennes retenaient déjà une même définition du consommateur : voy. la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (*M.B.*, 9 juillet 1991), la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation (*M.B.*, 21 septembre 2004), ainsi que la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003).

¹⁴ COM(2008), 614 final. Voy. sur cette proposition de directive «La proposition de directive relative aux droits des consommateurs/Het voorstel van Richtlijn betreffende consumentenrechten», *D.C.C.R.*, n°s 84-85, février 2010.

¹⁵ *M.B.*, 12 avril 2010. Pour les travaux préparatoires, voy. *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, Doc. 2340/10. Voy. le projet initialement déposé le 28 décembre 2009, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, Doc. 2340/01; le projet de loi concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du ... relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2009-2010, Doc. 1657 et 1658/1.

¹⁶ Sous réserve du sens retenu dans le cadre de ses articles 30 à 34. Voy. ce qui sera dit à ce propos *infra* n° 45.

¹⁷ On notera utilement que le projet de loi initialement déposé ne visait que la personne physique. L'inclusion des personnes morales est le résultat d'un amendement déposé devant le Sénat. La définition extensive

les¹⁸, intégration qui ne manque d'ailleurs pas d'étonner. L'unique critère pertinent pour déterminer qui est un consommateur au sens de cette loi est, en effet, celui de la destination professionnelle ou non du produit ou du service¹⁹. Prochainement, s'y ajoutera un critère additionnel, puisque ne sera alors plus visée que la «*personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits mis sur le marché*»²⁰.

5. – *Un droit de la consommation ou des droits protecteurs du consommateur ...* – Contrairement à d'autres droits – comme les droits français (2000), italien (2005²¹) ou, prochainement, le droit luxembourgeois²² – le droit belge ne dispose à ce jour d'aucun Code de la consommation. Le droit de la consommation, qui s'est surtout développé dans les années 1980, notamment suite aux initiatives européennes en la matière²³, est ainsi fragmenté en plusieurs législations spéciales, qui présentent un champ d'application propre, tant *ratione personae* que *materiae*.

Au-delà de l'extrême variété des sources, l'objectif est ouvertement de protéger le consommateur et de favoriser, ce faisant, la libre concurrence et la libre circulation des pro-

finalement retenue correspondait à celle retenue par le Conseil de l'Europe dans sa résolution 543 relative à une Charte de protection du consommateur adoptée le 17 mai 1973.

¹⁸ Pour une application récente, s'agissant d'une société commerciale qui achète du vin, voy. Comm. Bruxelles, 20^e ch., 19 décembre 2008, *D.A. O.R.*, 2010, pp. 403-405 avec une note de G. STRAETMANS, «De (rechtspersoon) n.v. is geen consument in handelspraktijken»; Anvers, 30 novembre 2004, *R.W.*, 2006-2007, n° 3, pp. 100-105 (qui reconnaît la qualité de «consommateur» à la Ville d'Anvers), avec une note de V. WELLENS, «De overheid en de Wet Handelspraktijken : verkoper of consument?». Voy. aussi J.P. Bruxelles, 29 avril 1999, *Ann. prat. com. & conc.*, 1999, 198 avec une note de I. DEMUYNCK..

¹⁹ Pour une explication du souhait du gouvernement d'abandonner une telle largesse de définition, voy. l'exposé des motifs du projet de loi du 28 décembre 2009, *Doc. parl.*, Chambre, Doc. 2340/01 : «Étant donné qu'il est souhaitable de conserver l'uniformité des règles belges en ce qui concerne la notion de consommateur et de les faire correspondre aux règles européennes, il est (...) préférable (...) de conférer le statut de consommateur exclusivement aux personnes physiques. Le fait que certaines personnes morales soient peu familiarisées avec les biens ou services qu'elles acquièrent ou sont dans une position économiquement dépendante envers leur fournisseur ne suffit donc pas à leur attribuer le statut de consommateur. Du reste, de nombreuses personnes physiques qui achètent des biens ou services dans le cadre de leur activité professionnelle se trouvent également dans cette situation».

²⁰ On notera utilement que la loi du 26 mars 2010 (*M.B.*, 30 avril 2010) sur les services ne retient, quant à elle, pas de définition propre de la notion de consommateur.

²¹ *Decreto legislativo* n° 206 du 6 septembre 2005.

²² Voy. le projet de loi portant introduction d'un code de la consommation déposé le 20 mai 2008, *Doc. parl.*, n° 5881.

²³ La loi du 14 juillet 1991 avait notamment pour objet d'assurer la transposition de directives européennes. Cette loi marque la transition d'un droit de la concurrence déloyale vers une réelle protection des consommateurs : voy. sur ce point spécialement J. STUYCK, «L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale», in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, Bruxelles, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1991, spécialement p. 125) et A. PUTTEMANS, «Le champ de la commercialité – Réflexions en vue de l'élaboration d'un Code du commerce et de la consommation», in *Bicentenaire du Code de commerce, R.D.C.-T.B.H.*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 40 et s.

duits et services, ce qui va de pair avec une confiance plus grande en leur qualité et une meilleure protection des droits «contractuels».

L'examen des législations consuméristes laisse apparaître que la protection des consommateurs s'articule plus concrètement autour de deux objectifs principaux, parfois poursuivis conjointement par une même loi. Selon le cas, ils s'orientent sur l'intérêt particulier *du* consommateur et/ou sur l'intérêt collectif *des* consommateurs.

Sous l'angle de la protection des droits individuels, il s'agit tantôt de préserver la santé et la sécurité physique du consommateur²⁴ (sécurité de la personne) tantôt de rééquilibrer la relation nouée avec les professionnels, à travers la défense des intérêts économiques et juridiques (sécurité des transactions). Ce dernier objet est celui qui transparaît ouvertement dans la L.P.C.C. à laquelle nous consacrerons des développements *infra*²⁵.

La protection des intérêts collectifs des consommateurs n'est, cependant, pas en reste, comme l'attestent principalement les mécanismes qui tendent à favoriser leur représentation dans le processus d'élaboration des normes ou la reconnaissance d'actions, à portée collective, comme l'action en «cessation» des pratiques jugées contraires à leurs intérêts.

Par ailleurs, et afin de renforcer de telles protections, le législateur prévoit, le plus souvent, des sanctions ou remèdes spécifiques, qui sont autant d'instruments additionnels à effets plus indirects, mais néanmoins réels (sanctions pénales ou administratives jointes aux sanctions civiles classiques, développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation – comme la médiation, la conciliation et l'arbitrage – action en cessation, etc.).

Le droit de la consommation ne traitant, le plus souvent, que de certains aspects de la relation contractuelle, le droit commun des obligations contractuelles (articles 1101 à 1369 du Code civil) contribue, enfin, à parfaire le régime de protection des intérêts des consommateurs²⁶.

²⁴ Tel est l'objectif poursuivi par la loi-cadre du 9 février 1994 relative à la sécurité des produits et des services (*M.B.*, 1^{er} avril 1994), qui est davantage une loi de police préventive, qui s'apparente à une loi de nature administrative fixant le cadre dans lequel doivent agir les producteurs, et la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (*M.B.*, 22 mars 1991), qui a posé le principe de la responsabilité du producteur en cas de dommages causés aux personnes (lésions corporelles et décès) et à certains biens par un produit «défectueux» qui a été mis en circulation sur le marché.

²⁵ Voy. le chapitre III de la présente contribution.

²⁶ Sur les fertilisations croisées du droit commun des obligations contractuelles et du droit de la consommation, voy. spécialement P. VAN OMMESLAGHE, «Les relations entre le droit de la consommation et le droit commun des obligations», *D.C.C.R.*, 2009, numéro spécial, vol. 84-85, pp. 249-270.

B. Le «service public»

1. Service public et service d'intérêt général?

6. – *Notions.* – La notion de service public confronte, elle aussi, le juriste – et spécialement le privatiste – à un questionnement important. Comme l'a souligné P.O. De Broux dans une excellente contribution retraçant son historique, «la notion (...) est au cœur du droit public belge, voire d'un droit public européen encore en construction. Elle n'en demeure pas moins une des notions les plus floues ou imprécises de notre système juridique»²⁷.

En droit belge, il conviendrait notamment d'opter entre une définition organique ou fonctionnelle²⁸. Le premier contenu se confond avec la personne morale de droit public, visant alors toute collectivité territoriale ou entité qui est exclusivement chargée d'une mission de service public, mission qu'elle assure sous le contrôle de l'autorité publique qui lui délègue à cette fin une parcelle de son *imperium*. Le second s'entend de toute tâche destinée à rencontrer un besoin d'intérêt général jugé «nécessaire» par la collectivité et ce, indépendamment de la qualité de personne (privée ou publique) qui la preste. En ce dernier sens, l'accent est avant tout mis sur «les besoins collectifs dont le service public a la charge»²⁹.

Au niveau européen, même si la notion de service public n'est pas inexistante, une autre paraît plus opérante au regard du Traité de l'Union : celle de «service d'intérêt général» (S.I.G.)³⁰.

Le service d'intérêt général est présenté comme couvrant «les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et sou-

²⁷ P.O. DE BROUX, «Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen», in *Le service public – Passé, présent et avenir*, t. I, Bruxelles, la Charte, coll. Bibliothèque de droit administratif, 2009, p. 3, n° 1. L'auteur souligne, ensuite, que la compréhension initiale courante de la notion de service public renvoyait à un service dû au souverain, à l'État. L'équivocité actuelle de la notion résulte du constat qu'il est ici permis de renvoyer «tant à des activités que des institutions, créées au profit des gouvernants, des gouvernés ou de la société qui les transcendent». Voy. aussi D. DE ROY, «Le service public dans la tourmente», *J.T.*, 2007, pp. 304-305.

²⁸ Sur cette distinction, voy. spécialement M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, t. II, p. 1137; P.O. DE BROUX, *op. cit.*, 2009, p. 5 et pp. 26 et s.

²⁹ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusions sous Cass., 22 octobre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 144 cité par P.O. DE BROUX, *op. cit.*, 2009, p. 26, n° 28. Voy. aussi J. VELU, *Droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 108 («entendue dans un sens fonctionnel, la notion de service public désigne une activité, une mission : il s'agit donc de toute tâche qui vise à satisfaire un besoin d'intérêt général et dont l'accomplissement régulier apparaît nécessaire aux yeux du législateur, indépendamment de la nature de l'organisme qui remplit cette tâche»).

³⁰ Pour une approche historique, voy. P.O. DE BROUX, *op. cit.*, pp. 36 et s., n°s 37 et s.

mettent à des obligations spécifiques de service public»^{31 32}. Selon la Commission européenne³³, l'expression ne se confond pas parfaitement avec celle de service public, qu'elle juge plus équivoque³⁴ : «les termes “service d'intérêt général” et “service d'intérêt économique général” ne doivent pas être confondus avec l'expression “service public”, qui est moins précise. Celle-ci peut avoir différentes significations et être ainsi source de confusion. Elle peut se rapporter au fait qu'un service est offert au grand public ou qu'un rôle particulier lui a été attribué dans l'intérêt public, ou encore se référer au régime de propriété ou au statut de l'organisme qui fournit le service en question».

Dans son *Livre vert relatif aux services d'intérêt général* du 21 mai 2003, la Commission ajoutait que de tels services «font partie des valeurs partagées par toutes les sociétés européennes et constituent un élément essentiel du modèle de société européen. Leur rôle est capital pour améliorer la qualité de vie de tous les citoyens et lutter contre l'exclusion sociale et l'isolement. Compte tenu de leur poids dans l'économie et de leur importance pour la production des autres biens et services, leur efficacité et leur qualité sont un facteur de compétitivité et de plus grande cohésion (...). La fourniture performante et non discriminatoire des services d'intérêt général est également une condition du bon fonctionnement du marché unique et d'une meilleure intégration économique dans l'Union européenne. En outre, ces services forment un pilier de la citoyenneté européenne car ils font partie des droits des citoyens européens et offrent une possibilité de dialogue avec les autorités publiques dans le cadre de la bonne gouvernance»³⁵.

Dans un tel cadre, le fait que le prestataire soit un opérateur public ou privé n'est pas en soi déterminant : par principe, les uns et les autres sont soumis aux mêmes obligations et jouissent de droits identiques³⁶.

Tout comme il en est en droit belge, l'existence d'une mission relevant de l'intérêt général justifie notamment que, dans les relations entretenues avec les citoyens, trois grands principes seront susceptibles de trouver application et, le cas échéant, de contra-

³¹ Voy. notamment le Livre vert de la Commission européenne du 21 mai 2003 sur les services d'intérêt général, COM/2003/0270 final, p. 7. Voy. déjà la communication de la Commission de 1996 ainsi que la Communication de la Commission du 20 novembre 2007 intitulée «Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen», COM(2007)724 final.

³² Dans son Livre vert de 2003, la Commission voyait dans l'intérêt général le besoin d'assurer «la satisfaction des besoins essentiels des citoyens et la préservation des biens publics lorsque le marché n'y parvient pas» (Livre vert, p. 3).

³³ Livre vert, COM/2003/0270 final, p. 7, n° 19.

³⁴ Livre blanc du 12 mai 2004, COM(2004) 374 final, pp. 23-24.

³⁵ Livre vert, COM/2003/0270 final, p. 3.

³⁶ Livre vert, COM/2003/0270 final, p. 7, n° 21.

rier les règles du marché : le principe d'égalité ou d'universalité³⁷, le principe de continuité³⁸ et le principe de mutabilité ou d'adaptabilité³⁹. S'y joignent, en outre, désormais sans doute de nouvelles exigences posées en termes de transparence, de qualité et de contrôle, renforçant d'autant la légitimité des attentes individuelles des citoyens européens à ces égards.

2. Les services d'intérêt économique général : notion et cadre

7. – *Notions.* – Parmi les services d'intérêt général⁴⁰, certains présentent une proximité plus grande avec le champ classiquement réservé au droit privé dès lors que, bien que remplissant une mission dite d'intérêt général, ils sont de nature économique/lucrative⁴¹. Le droit européen les nomme «services d'intérêt économique général» (S.I.E.G.) et prévoit, notamment, qu'en raison de cette finalité particulière, ceux qui les prestent peuvent être soumis par les États membres à des obligations spécifiques susceptibles de contrarier la libre concurrence⁴² : ce sont les obligations dites de service public ou «O.S.P.»⁴³ (article 86 du Traité C.E.).

L'article 16 du Traité d'Amsterdam a expressément placé ces services parmi les valeurs communes de l'Union : «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

³⁷ Selon un tel principe, tous les usagers doivent par principe avoir accès au service dans les mêmes conditions (ce qui se réalise à travers la mise en place d'une desserte universelle et une uniformité des prix principalement). Voy. aussi ce qui sera dit *infra*, n° 10 et n°s 24 à 26.

³⁸ Ce principe emporte l'idée que le service doit être fourni en permanence et de manière régulière. Voy. aussi *infra*, n°s 29 et s.

³⁹ En ce sens que le service doit s'adapter à l'évolution du besoin qui l'a fait naître et peut être supprimé si ce besoin disparaît. Voy. aussi *infra*, n°s 21 et s.

⁴⁰ On notera utilement que les S.I.G. semblent n'avoir, au départ, été compris au niveau européen qu'en lien direct avec les S.I.E.G. Voy. pour une approche historique, P.O. DE BROUX, *op. cit.*, 2009, spécialement pp. 44 et s.

⁴¹ Il s'agit, en effet, de fournir des biens ou services moyennant un prix, ce qui distingue de telles prestations de celles qui sont de type administratif, social ou culturel et auxquelles la collectivité des citoyens peut, le plus souvent, accéder gratuitement.

⁴² Ceci sous réserve du respect du principe de proportionnalité. Les dérogations aux règles de la concurrence ne seront, en effet, justifiées que si elles sont strictement nécessaires à la réalisation des obligations de service public imposées. Voy. aussi sur cette question R. BYL, «Le juge des cessations, arbitre des monopoles nationaux, de la dérégulation économique et des carences du législateur?», *Ann. prat. com. & conc.*, 1995, pp. 797-813.

⁴³ Selon la Commission, cette expression «désigne les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public (...) Ces obligations peuvent être imposées au niveau communautaire, national ou régional» (Livre vert, COM/2003/0270 final, p. 7, n° 20).

compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent Traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions»⁴⁴.

Les services d'intérêt économique général se distinguent des «prérogatives régaliennes» (qui impliquent un exercice de l'autorité par les pouvoirs publics – comme la justice, la sécurité, la diplomatie et l'état civil), des services fournis par les pouvoirs publics eux-mêmes aux niveaux national, fédéral, régional, communautaire ou local (soit ce qui relève de l'administration publique) ainsi que des services non économiques prestés par des organismes qui n'œuvrent pas dans un but de lucre (comme, par exemple, la sécurité sociale et l'enseignement⁴⁵). Ces prestations sont entendues, en droit européen, comme des services non économiques d'intérêt général et sont soumises à des règles particulières que nous n'étudierons pas ici⁴⁶.

Bien que n'étant pas précisées par le droit européen⁴⁷, les activités susceptibles d'être qualifiées de services d'intérêt économique général paraissent *a priori* des plus variées, et ce même si on en réduit souvent le champ aux seuls «services en réseau»⁴⁸ (que l'on nomme aussi «industries en réseau»⁴⁹) que sont la distribution d'énergie⁵⁰ et d'eau⁵¹, les chemins de fer, les transports publics locaux, le service postal universel⁵² et les télécommunications⁵³. S'y rattachent, cependant, à notre sens, également d'autres services,

⁴⁴ Voy. aussi l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Communication de la Commission relative aux services d'intérêt général, *J.O.* C 281 du 26 septembre 1996, p. 3, l'avis du Comité économique et social n° 949/99 des 20 et 21 octobre 1999 et l'avis du Comité économique et social n° 2002/ C 241/23.

⁴⁵ On notera utilement que l'article 2 du décret de la Communauté française du 31 mars 2004 définissant l'enseignement supérieur, favorisant l'intégration dans l'espace économique européen de l'enseignement supérieur et finançant les universités (*M.B.*, 18 juin 2004) confirme expressément ce statut de «service d'intérêt général».

⁴⁶ Sur le principe, de telles prestations restent de la compétence exclusive des États membres (selon le principe de subsidiarité).

⁴⁷ Il revient, dès lors, aux États membres de les définir, sous le contrôle de la Cour de justice, à travers l'appréciation de leur correcte soumission (ou pas) aux règles de la concurrence.

⁴⁸ L'expression de «service en réseau», que l'on retrouve fréquemment en droit européen, vise les services qui se caractérisent par des infrastructures lourdes (ce qui implique souvent des privilèges d'occupation du sol et des monopoles dits «naturels») et par l'accès qui y est réservé à tous les citoyens.

⁴⁹ Terme utilisé dans le Livre vert de la Commission, p. 16.

⁵⁰ Sur le statut de service d'intérêt économique général et ses conséquences au regard du droit européen, voy. spécialement l'arrêt de la C.J.C.E., du 27 avril 1994, aff. *Commune d'Almelo*, C-393/92, *Rec.*, p. I-1477.

⁵¹ Voy. aussi le Livre blanc de la Commission de 1985.

⁵² Sur le statut de service d'intérêt économique général et ses conséquences, voy. spécialement C.J.C.E., arrêt *Corbeau*, aff. C-320/91 du 19 mai 1993, *Rec.*, p. I-2553 et *J.T.D.E.*, 1993, p. 4.

⁵³ Voy. C.J.C.E., 17 novembre 1992, *Rec.*, p. I-5833.

comme, par exemple, les prestations offertes par les crématoires communaux ou le stationnement sur la voirie publique^{54 55}.

À ces services correspondent des «éléments communs» que la Commission a soulignés dans son *Livre vert* de 2003 : «le service universel, la continuité, la qualité du service, l'accessibilité tarifaire ainsi que la protection des utilisateurs et des consommateurs»⁵⁶. Elle ajoutait alors que «ces éléments communs mettent en évidence les valeurs et les objectifs communautaires. Ils ont été traduits en obligations dans les législations applicables et visent à garantir des objectifs tels que l'efficacité économique, la cohésion sociale ou territoriale et la sécurité de tous les citoyens. Ces obligations peuvent également être complétées par des obligations plus spécifiques en fonction des caractéristiques du secteur concerné»⁵⁷.

Sous l'angle du droit privé, on notera que de telles prestations ne constituent pas nécessairement des «services» (*facere*) au sens des articles 1710 et 1779 à 1799 du Code civil régissant le contrat d'entreprise. L'extrême variété des prestations offertes sous ce vocable permet, en effet, d'y inclure également la fourniture de biens, soit ce que le Code civil traitera le plus souvent comme une vente si elle a lieu contre le paiement d'un prix payable en argent, ce qui est par exemple le cas, en droit belge, de la fourniture d'électricité⁵⁸. Le contenu de la notion de «service» paraît ainsi davantage proche de celui, plus large, que retient l'article 2, 6°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur⁵⁹. Comme le précise l'exposé des motifs de la loi, le terme «doit être interprété dans la signification la plus large possible qui y est donnée dans le

⁵⁴ Des règles tout à fait spécifiques gouvernent cependant ce type de services, généralement délégués désormais par les communes à des entreprises privées. Pour un commentaire des récents questionnements à ce sujet, voy. D. DE ROY, «Stationnement payant, service public et partenariat public-privé», *J.T.*, 2009, pp. 574-575.

⁵⁵ On notera utilement que la ministre a souligné, lors des travaux préparatoires relatifs au projet de loi sur les services, que «la notion de «services d'intérêt économique général» comprend par exemple le secteur du gaz, les fonds d'assurance sociale, le guichet unique ou les syndicats, dans leur activité de paiement des allocations de chômage notamment» (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, Doc. 2338/03, p. 8).

⁵⁶ *Livre vert*, p. 16.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Voy. dans ce sens Gand, 24 mai 2002, *NjW*, 2002, p. 393. Les textes légaux confirment une telle lecture : voy. notamment l'article 2 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999 (une même terminologie est utilisée s'agissant de la loi du même jour relative au marché du gaz). On notera, cependant, que l'énergie et l'eau ne sont, par contre, pas traitées comme des «biens de consommation» justifiant l'application du régime spécial mis en œuvre par les nouveaux articles 1649bis à octies s'agissant de la garantie de conformité due par le vendeur. Ces dispositions excluent, en effet, expressément de leur champ d'application «l'eau et le gaz lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée» (soit les fournitures à des fins de consommation courante) ainsi que l'électricité (article 1649bis, §2, 3°).

⁵⁹ La notion s'entend alors de «toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire».

langage de tous les jours, à savoir toutes prestations effectuées au profit de tiers dans le cadre d'une activité professionnelle»⁶⁰.

8. – *L'ouverture à la concurrence des services faisant l'objet de monopoles.* – Les activités en réseau retiennent tout particulièrement l'attention. Elles ont, en effet, en commun d'avoir été, jusqu'il y a peu, des domaines «réservés» à la puissance publique, laquelle en déterminait la réalisation, l'organisation et le financement, tout comme elle en assurait, seule, le contrôle. La construction d'un marché unique concurrentiel justifiait, cependant, selon les instances européennes, d'abandonner de tels monopoles et d'ouvrir également ces marchés à la concurrence. Le passage d'une structure monopolistique à une structure oligopolistique s'est faite progressivement, et par secteurs : les télécommunications à partir du 1^{er} janvier 1998⁶¹, le transport aérien à partir du 1^{er} juillet 1998, l'électricité⁶² et le gaz⁶³ spécialement à partir du 1^{er} juillet 2003 – les services postaux en principe en 2009⁶⁴

⁶⁰ Projet de loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur du 28 décembre 2009, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, Doc. 2340/01, p. 39. On notera que la notion de «service» reçoit, par contre, un sens plus précis dans la loi du 26 mars 2010 sur les services, qui y voit «toute activité économique non salariée exercée normalement contre rémunération» (art. 2, 1^{er}), se rapprochant alors davantage de la compréhension classique de la notion de contrat d'entreprise au sens du Code civil.

⁶¹ Voy. spécialement Fr. DEHOUSSE et T. SGAJEWSKI, «Les nouveaux développements de la réglementation des télécommunications en Belgique (1999-2003)», *J.T.*, 2003, pp. 425 et s.; C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., mars 2009, vol. 109, Liège, Anthemis, 2009, pp. 127-196. Voy. également le Rapport fait au nom de la Commission de l'infrastructure, des communications et des entreprises publiques par R. DESEYN, «Le secteur des télécommunications dix ans après la libéralisation», 13 février 2008, *Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire, 2007-2008, Doc. 809/01.

⁶² Voy. spécialement G. BLOCK et D. HAVERBEKE, «La libéralisation du marché du gaz en Belgique : incidences réglementaires et contractuelles», *J.T.*, 2003, pp. 497 et s. La directive 96/92/CE (*J.O.C.E.* L 027 du 30 janvier 1997, dite directive «électricité») avait déjà posé les premiers pas vers une libéralisation de ce marché. La dernière mesure européenne prise en la matière est la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 (directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *J.O.* L 211, 14 août 2009, pp. 55-93). Voy. aussi le règlement n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, *J.O.* L 211 du 14 août 2009, pp. 15-35.

⁶³ L'ouverture à la concurrence fut imposée par la directive 98/30/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (*J.O.C.E.* L 204 du 21 juillet 1998), laquelle a fixé le cadre de la libéralisation et la protection des consommateurs finals dans le cadre d'un accès non discriminatoire au réseau. Cette directive a ensuite été abrogée par une directive 2003/55/CE du 26 juin 2003. Un troisième paquet de mesures a, enfin, été adopté par la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009, *J.O.* L 211, 14 août 2009, pp. 94-136.

Pour une liste de textes de droit belge ayant assuré la transposition des directives en matière de gaz, voy. spécialement la note 8 de G. BLOCK et D. HAVERBEKE, *op. cit.*, *J.T.*, 2003, p. 498. Pour un historique de la libéralisation en lien avec la protection des consommateurs, voy. enfin C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., mars 2009, vol. 109, 2009, pp. 127-196.

⁶⁴ Voy. spécialement A.-L. DURVIVAUX, «Le marché intérieur des services postaux (brève présentation de la directive 2008/6/CE du Parlement et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté», *E.J.C.L.*, 2007-2008, pp. 386-400.

et, bientôt, le transport ferroviaire dont la libéralisation est en marche depuis décembre 2009 et a été retardée au 1^{er} janvier 2011 pour la plupart des États membres⁶⁵.

Cela étant, la spécificité de tels services, prestés au profit de tous et reconnus comme des «facteurs de cohésion sociale et territoriale» de l'Union européenne⁶⁶, a justifié que des marges de manœuvres soient laissées aux États membres et que des sphères de service public soient expressément consacrées, de même que des exigences d'accès «universel».

Il s'agit donc désormais, dans le respect des normes européennes et sous le contrôle de ses instances, de faire se concilier concurrence et intérêt général, cette dernière notion prenant un sens communautaire plus précis qui redessine la notion classique, et largement nationale, de «service public».

3. Les «missions de service public», le service universel et les droits des usagers

9. – *Les obligations dites de service public.* – La possible imposition d'obligations de service public par les États membres est expressément consacrée par les directives destinées à accompagner et encadrer la libéralisation des services en réseau⁶⁷.

Quelques exemples méritent, à cet égard, d'être cités afin d'illustrer le propos et de mieux percevoir en quoi une protection des consommateurs est, par ce biais, également réalisée.

Dans le secteur du gaz⁶⁸ et de l'électricité, les articles 3 des directives 2009/73/CE⁶⁹ (gaz) et 2009/72/CE (électricité) permettent aux États membres d'imposer de telles obligations relativement à la sécurité d'approvisionnement, la protection de l'environnement

⁶⁵ Voy. à ce propos les directives n°s 2007/58/CE, 2001/12/CE, 2001/13/CE et 91/440/CEE, ainsi que les règlements CE n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 et n° 1371/2007.

⁶⁶ Voy. l'article 36 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que l'article 16 précité du Traité d'Amsterdam. Voy. aussi ce qui a été dit *supra*, n° 6.

⁶⁷ Comme le permet indirectement l'article 86 du Traité CE.

⁶⁸ Voy. aussi notamment G. BLOCK et D. HAVERBEKE, *op. cit.*, J.T., 2003, pp. 497 et s.; G. BLOCK et L. HAGE, «Les grands axes de la réforme des marchés de l'électricité et du gaz en Région de Bruxelles-Capitale à la suite de l'ordonnance du 14 décembre 2006», J.T., 2007, pp. 629-632.

⁶⁹ Le principe était déjà posé par l'article 3 des directives 98/30/CE et 2003/55/CE.

ainsi que la régularité, la qualité et le prix des fournitures⁷⁰. Ces exigences ont trouvé un relais aux niveaux fédéral⁷¹ et fédérés^{72 73}.

Une attention importante – et croissante – est par ailleurs, en ces domaines, accordée à la protection des usagers-consommateurs. Ainsi, par exemple, la directive «gaz» 2003/55/CE, qui a parachevé l'ouverture du secteur à la concurrence, a notamment fixé les «normes minimales communes» concernant le droit des consommateurs à changer de fournisseur, la transparence des conditions contractuelles, les informations devant être communiquées, les mécanismes de règlement des litiges, etc., tout en veillant à permettre une protection accentuée des «petits consommateurs vulnérables»⁷⁴. De son côté, l'Annexe I de la directive «gaz» 2009/73/CE est particulièrement précise quant aux «mesures relatives à la protection des consommateurs» qu'il convient à chaque État membre de mettre en œuvre en parallèle à la libéralisation du secteur⁷⁵. Certains droits

⁷⁰ On parle souvent, à ce propos, d' O.S.P. «techniques» ou «environnementales», afin aussi de les distinguer des O.S.P. dites «sociales» qui concernent les obligations imposées aux opérateurs afin de faciliter l'accès à l'énergie des usagers les plus défavorisés (par exemple, l'obligation faite aux gestionnaires de réseaux de distribution de fournir de l'énergie au tarif social aux clients dits «protégés» et de leur assurer une fourniture minimale s'ils sont en défaut de paiement pendant six mois ou si la date de la coupure intervient pendant l'hiver).

⁷¹ Dans le secteur du gaz, l'article 15/11 de la loi «gaz» habilite, en effet, le Roi à imposer de telles obligations. Dans le secteur de l'électricité, cette habilitation résulte de l'article 21 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité. Ces obligations ont donné lieu à l'arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité (*M.B.*, 29 octobre 2002). Le respect de ces obligations de service public est placé sous le contrôle de la C.R.E.G.

⁷² De nombreux arrêtés ont été publiés dans le secteur du gaz. *Pour la Région flamande*, on notera l'arrêté du gouvernement flamand du 13 mars 2009 relatif aux obligations sociales de service public dans le marché libéré d'électricité et de gaz naturel, *M.B.*, 26 mai 2009; l'arrêté du gouvernement du 2 mars 2007 relatif aux obligations de service public en vue de promouvoir l'utilisation rationnelle de l'énergie, *M.B.*, 20 avril 2007; l'arrêté du gouvernement du 20 juin 2003 relatif aux obligations sociales de service public dans le marché libéré du gaz naturel.

Pour la Région de Bruxelles-Capitale, voy. spécialement les obligations inscrites aux articles 18 et s. de l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 26 avril 2004 (telle que modifiée par l'ordonnance du 14 décembre 2006).

Pour la Région wallonne, voy. notamment l'arrêté du gouvernement du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché du gaz, *M.B.*, 27 avril 2006.

⁷³ S'agissant de l'électricité, les arrêtés foisonnent également. En ne citant que les plus récents, voy. spécialement l'arrêté du gouvernement flamand du 18 septembre 2009, *M.B.*, 10 décembre 2009; l'arrêté du gouvernement flamand du 13 mars 2009, *M.B.*, 26 mai 2009; l'arrêté du gouvernement flamand du 31 janvier 2003; l'arrêté du gouvernement wallon du 30 mars 2006, *M.B.*, 27 avril 2006.

⁷⁴ L'expression est utilisée au considérant 2 de la directive «gaz» 2003/55/CE.

⁷⁵ Voy. aussi, pour le secteur de l'électricité, l'annexe I à la directive 2009/72/CE.

déjà repris dans l'Annexe A de la directive 2003/55/CE étaient alors confirmés ou précisés⁷⁶; d'autres étaient ajoutés⁷⁷.

Dans le secteur du transport ferroviaire, les États membres ont la faculté de conclure des contrats de service public avec les entreprises de transport⁷⁸ afin d'assurer une fréquence minimale, la capacité de transport, les trajets à proposer aux usagers, les horaires et les tarifs.

Quant aux droits des consommateurs, on notera que la Commission européenne a déposé une proposition de règlement, rejetée en première lecture par le Parlement, et qui tendait à améliorer la qualité des services ferroviaires, notamment en imposant des «clauses minimales obligatoires» dans tous les contrats de transport. Dans sa proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires internationaux⁷⁹, la Commission prétendait «établir les droits et obligations des voyageurs des services ferroviaires internationaux afin d'améliorer l'efficacité et l'attrait du transport international de voyageurs par chemins de fer». À cette fin, la proposition retenait une série de mesures relatives aux «exigences minimales applicables à l'information des voyageurs avant, pendant et après leur voyage»⁸⁰, fixant ainsi un socle minimal de protection des usagers.

Le législateur belge s'est fait le relais des mêmes préoccupations dans le cadre des services publics économiques prestés par les entreprises publiques économiques. La loi du 21 mars 1991⁸¹ prévoit, en effet, en la matière, les «tâches» et «prestations de service public» qui sont imposées à Belgacom⁸², à La Poste⁸³, à la S.N.C.B.

⁷⁶ On songe ici à la rédaction d'un écrit comprenant certaines mentions obligatoires, au droit reconnu au consommateur d'être averti avant toute modification des conditions applicables, à son droit à l'information (qui va de pair avec une précision du contenu de l'information), au droit de disposer de modalités de paiement non discriminatoires, au droit à la gratuité du changement de fournisseur et au droit à un traitement des plaintes selon des procédures «simples, transparentes et peu onéreuses» (points a à g).

⁷⁷ Les nouveaux droits consacrés aux points h à j sont relatifs à l'information qui doit être fournie au consommateur en termes de consommation et au décompte final qui doit être lui adressé en cas de clôture (décompte qui doit lui être adressé dans un délai déterminé de six semaines).

⁷⁸ Ce sont les contrats de gestion que nous connaissons en Belgique.

⁷⁹ COM/2004/0143 final.

⁸⁰ Voy. spécialement les articles 3 à 6, ainsi que les articles 37 et s. et l'annexe I. Ces mesures tenaient aux conditions contractuelles du transport ferroviaire, à la responsabilité des entreprises ferroviaires en cas d'accident (articles 7 et 12 et s.), d'endommagement ou de perte de bagages (articles 8 et 9), de retard ou d'annulation du voyage (articles 10 et 11), aux «conditions dans lesquelles les personnes à mobilité réduite sont assistées» (articles 27 à 30), au traitement des plaintes des voyageurs (articles 34 et 35) et aux «conditions dans lesquelles les entreprises ferroviaires coopèrent en vue d'atteindre les objectifs du règlement», notamment en matière de sécurité des voyageurs.

⁸¹ Voy. l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques économiques. On notera utilement que cette loi a fait l'objet de modifications successives, dont la plus récente date du 30 décembre 2009.

⁸² Article 86ter de la loi du 21 mars 1991. Voy. aussi le contrat de gestion du 22 juin 1998, *M.B.*, 18 juillet 1998, tel que modifié le 12 août 2000 (*M.B.*, 12 septembre 2000).

⁸³ Article 141 de la loi du 21 mars 1991. Voy. aussi les arrêtés royaux du 13 décembre 2005 portant approbation du (premier avenant au) quatrième contrat de gestion, *M.B.*, 20 décembre 2005.

holding⁸⁴, à la S.N.C.B.⁸⁵, à Belgocontrol⁸⁶, à Infrabel⁸⁷ et au Fonds de l'infrastructure ferroviaire (F.I.F.)⁸⁸, obligations dont le contenu se trouve précisé dans les contrats de gestion conclus avec l'État. Il en est de même concernant la Loterie Nationale⁸⁹.

10. – *Les services dits «universels»*. – La notion de «service universel» est également, désormais, indissociable de la notion de service public et, plus spécialement encore, de la protection minimale qui doit être accordée à tous les citoyens européens⁹⁰. Elle renvoie à un ensemble d'exigences d'intérêt général auxquelles doivent se soumettre les activités dans lesquelles existaient les anciens monopoles publics, exigences auxquelles correspondent autant de droits dans le chef des usagers. Ces obligations, déterminées dans leur principe au niveau européen et précisées ensuite au niveau des États membres, tendent, plus particulièrement, à garantir l'accès de tous (desserte universelle) à certaines prestations jugées essentielles, et ce à des conditions de qualité et de prix «acceptables» et sans distorsion de la concurrence⁹¹.

L'intérêt général se manifeste alors ici surtout à travers ses implications socio-économiques, portant le souhait d'assurer la dignité humaine telle que nous la concevons dans nos sociétés modernes. Une telle reconnaissance n'est pas insignifiante sur un plan symbolique : elle manifeste, en effet, une possible transition de l'intérêt général compris comme la recherche du bien commun vers un intérêt général coïncidant avec des intérêts plus particuliers. Y correspond, en effet, un *droit* dans le chef de chaque usager ; le droit à un «service de base», à un «service minimum»⁹².

⁸⁴ Article 156 de la loi du 21 mars 1991. Voy. aussi l'arrêté royal du 29 juin 2008 portant approbation du contrat de gestion, *M.B.*, 3 juillet 2008 ; l'arrêté royal du 21 août 2009 portant approbation du premier avenant au contrat de gestion portant sur la période 2008-2012, *M.B.*, 20 septembre 2009.

⁸⁵ Article 218 de la loi du 21 mars 1991. Voy. aussi l'arrêté royal du 29 juin 2008 portant approbation du contrat de gestion, *M.B.*, 3 juillet 2008 ; l'arrêté royal du 21 août 2009 portant approbation du premier avenant au contrat de gestion portant sur la période 2008-2012, *M.B.*, 20 septembre 2009.

⁸⁶ Article 170, 1° à 3°, de la loi du 21 mars 1991. Voy. aussi l'arrêté royal du 21 janvier 2005 portant approbation du deuxième contrat de gestion entre l'État et Belgocontrol, *M.B.*, 2 mars 2005.

⁸⁷ Article 199, § 1^{er}, 1° à 6°, de la loi du 21 mars 1991. Voy. aussi l'arrêté royal du 29 juin 2008 portant approbation du contrat de gestion, *M.B.*, 3 juillet 2008 ; l'arrêté royal du 21 août 2009 portant approbation du premier avenant au contrat de gestion portant sur la période 2008-2012, *M.B.*, 20 septembre 2009.

⁸⁸ Article 235, § 1^{er}, 1°, de la loi du 21 mars 1991.

⁸⁹ Article 6 de la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale (*M.B.*, 4 mai 2002).

⁹⁰ Sur la notion de service universel, voy. spécialement M. DEBENNE et O. RAYMUNDIE, «Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification?», *A.J.D.A.*, 1996, pp. 183 et s. ; M. LOMBARD, «Service public et service universel ou la double inconstance», in *Mélanges Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 507 et s.

⁹¹ Voy. aussi le Livre vert de la Commission, p. 16, n° 50 : «La notion de service universel porte sur un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable».

⁹² Voy. à ce propos aussi C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, pp. 146-147 ainsi que les références citées.

Trois exemples permettent, ici également, de mieux comprendre l'importance que revêt une telle exigence.

*Dans le cadre des télécommunications*⁹³, le service universel que doivent offrir les opérateurs consiste en la mise à disposition, sur tout le territoire, à toute personne qui en fait la demande, du service de téléphonie vocale de base et de l'accès au réseau public fixe de base⁹⁴, la fourniture de numéros d'appel d'urgence (gratuite) et d'un service d'assistance et de renseignement aux abonnés, la mise à disposition des coordonnées téléphoniques et la couverture de tout le territoire national de cabines publiques (ainsi que leur maintenance)⁹⁵ ⁹⁶. En Belgique, ces services sont offerts par Belgacom, mais la loi prévoit que d'autres opérateurs peuvent être autorisés à les prester⁹⁷.

Dans le cadre des services postaux, le service universel doit être «garanti au moins cinq jours ouvrables par semaine, sauf circonstances ou conditions géographiques jugées exceptionnelles» et, «au minimum», comprendre «une levée et une distribution au domicile de chaque personne physique ou morale ou, par dérogation, dans des conditions déterminées par l'autorité réglementaire nationale, dans des installations appropriées»⁹⁸.

⁹³ Voy. la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (*M.B.*, 20 juin 2005) qui a assuré la transposition des directives 2002/21/CE, 2002/20/CE, 2002/19/CE, 2002/22/CE, 2002/58/CE et 2002/77/CE. Voy. aussi les informations disponibles sur le site de l'IBPT : <http://www.ibpt.be>, spécialement le rapport 2008 déposé le 14 octobre 2009. Voy. enfin la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (*J.O. L* 108 du 24 avril 2002) et la déclaration de la Commission européenne sur le service universel, COM (93) 543 final. Voy. encore C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, pp. 147-148 ainsi que Rapport du 13 février 2008, «Le secteur des télécommunications dix ans après la libéralisation», *Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire, 2007-2008, Doc. 809/01, pp. 9 et s.

⁹⁴ Auquel se joignent la «mise en service minimum» en cas de non-paiement des factures téléphoniques et la fourniture du service de téléphonie vocale de base selon certains tarifs «sociaux» au profit des personnes désignées par la loi.

⁹⁵ On précisera que la directive «service universel» du 7 mars 2002 distingue plus concrètement :

- les obligations imposées au titre du service universel (tel que nous venons d'en préciser le contenu),
- les obligations relatives aux droits des utilisateurs (comme les mentions devant figurer dans le contrat, les informations relatives aux conditions, tarifs et qualité des prestations, la portabilité des numéros, etc.),
- les obligations qui ont trait aux services obligatoires additionnels et qui peuvent être imposées par les États membres sans contrepartie financière (accès au service de commutation de données, collaboration à la défense civile, tarifs spéciaux en faveur de la presse, etc.).

⁹⁶ S'y joint, en outre, l'exigence d'un «service minimum» en cas de défaut de paiement.

⁹⁷ Article 83 de la loi du 21 mars 1991.

⁹⁸ La directive 2008/6/CE a, à cet égard, modifié l'article 3, §3, de la directive 97/67/CE. Voy. aussi les articles 142 à 144^{quater} (service universel), l'article 144^{octies} (services «réservés» en lien avec le service universel), l'article 144^{nonies} à *undecies* (fonds de compensation s'agissant du service universel) de la loi du 21 mars 1991. En ce qui concerne les prestations hors service universel, voy. enfin les articles 148^{bis} et s. de la loi.

Dans le secteur du gaz et de l'électricité, enfin, le droit européen impose que tous les clients résidentiels et, éventuellement, les petites entreprises, puissent être approvisionnés en électricité d'une qualité minimale à un prix raisonnable, susceptible de comparaison et selon des conditions transparentes. À cet effet, également, un fournisseur de «dernier recours» peut être désigné. Des «obligations de service public sociales»⁹⁹ ont, par ailleurs, pris place à côté des «autres obligations de service public» imposées en matière de sécurité, de régularité et de qualité de la fourniture, d'information et de sensibilisation à l'utilisation rationnelle de l'énergie¹⁰⁰.

4. Quelques mots en guise de conclusion : une compréhension renouvelée du service public ?

11. – Au départ du souhait de préciser les notions centrales de l'étude, c'est finalement le cadre général, largement nouveau, du service public tel qu'il se comprend et s'inscrit désormais dans le marché européen qui a été posé.

Probablement de façon encore plus franche qu'auparavant est alors rendue manifeste la tension qui traverse de telles prestations, devant concilier liberté du marché et contraintes justifiées par l'intérêt général. Le droit européen assure, à cet égard, un tel compromis notamment à travers la possible imposition d'obligations dites de service public aux prestataires et la reconnaissance d'un service présenté comme universel, offrant, dans un même mouvement, autant de droits correspondants aux citoyens européens. S'ensuit, à notre sens, une protection tout à la fois plus précise, plus large et renouvelée des droits des usagers, protection qui contraste avec les droits reconnus dans le cadre des prestations relevant entièrement des lois du marché et de la concurrence.

12. – L'ingérence du droit européen de la concurrence opère, ce faisant, une transition symbolique qui nous paraît importante.

Par le prisme de son intervention, le service d'intérêt économique général se comprend, en effet, moins comme une finalité en soi – soit le souci de satisfaire un besoin d'intérêt général –, que comme une exception autorisée à l'application des règles de la concurrence et du marché¹⁰¹. La qualité de la personne (publique ou privée) qui preste un tel service perd alors en relevance – le prestataire étant davantage assimilé aux «autres» prestataires, selon une forme de «banalisation»¹⁰² –, au profit de la prestation elle-même – le service

⁹⁹ Qui tendent à limiter l'endettement des clients résidentiels vulnérables; voy. par exemple l'arrêté du 30 mars 2006. Voy. aussi à ce propos C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, pp. 146-147.

¹⁰⁰ Voy. *supra* la note infrapaginale 48 en ce qui concerne la distinction entre les O.S.P. «techniques», «environnementales» et «sociales».

¹⁰¹ Dans le même sens, voy. P. MARTENS, «Que reste-t-il du droit administratif?», *A.P.T.*, 2006, pp. 1-2.

¹⁰² Le terme est repris à D. DE ROY, *op. cit.*, *J.T.*, 2007, p. 304.

– qui peut être génératrice d’obligations plus lourdes pour son prestataire et justifier un régime partiellement dérogatoire.

Ce faisant, l’intérêt général paraît alors davantage s’apparenter à la somme des intérêts individuels qu’il convient de servir et, le cas échéant, de préserver dans le souci d’un plus grand équilibre et de respect des libertés économiques.

S’en induit, sans doute, comme ont pu le déplorer certains, une forme de «*marchandisation*» des services prestés au profit de tous, spécialement en raison du processus de libéralisation de nombreux secteurs anciennement «*réservés*» et sous monopole. L’approche fonctionnelle du service public est alors privilégiée, ce qui cantonne aussi d’autant les exceptions admises à l’application de principe des lois du marché et de la concurrence¹⁰³.

Sous l’angle de la protection des bénéficiaires des prestations d’intérêt général, force est, cependant, de constater qu’un tel processus s’est accompagné et s’accompagne encore de protections réelles et plus précises. La consécration de leurs droits, en particulier, ne fait désormais aucun doute^{104 105}.

De leur côté, les prestataires de tels services et l’État disposent d’une liberté moindre, parce que davantage encadrée.

Ceci étant précisé, il nous faut revenir au droit belge et apprécier dans quelle mesure, jusqu’à ce jour, les juridictions de l’ordre judiciaire ont assuré la protection des usagers du service public en prenant appui, ou pas, sur les instruments classiques que sont le Code civil et la L.P.C.C.

¹⁰³ Voy. aussi R. BYL, «Le juge des cessations, arbitre des monopoles nationaux, de la dérégulation économique et des carences du législateur?», *Ann. prat. com. & conc.*, 1995, pp. 797-813.

¹⁰⁴ On notera que figure notamment parmi les priorités belges de la présidence belge de l’Union européenne «Une meilleure protection des services publics» : voy. *Les priorités de la présidence belge de l’Union européenne (juillet-décembre 2010)*, Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l’environnement et du renouveau de la société, de la Chambre des représentants, de la Commission des affaires sociales du Sénat et du Comité d’avis fédéral chargé des questions européennes, rapport de monsieur H. DE CROO et mesdames Th. SNOY ET D’OPPUERS, N. LANJRI et V. MATZ du 23 février 2010, *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, Doc. 2378/01, pp. 8-9 (voy. aussi *Doc. parl.*, Sénat, 2009-2010, Doc. 4-1606/01).

¹⁰⁵ On peut sans doute rapprocher cette idée de celle mise en exergue par P. MARTENS, *op. cit.*, A.P.T., 2006, p. 2, qui, soulignant les évolutions qui traversent le droit administratif, s’arrête notamment sur le phénomène de «subjectivisation du droit administratif», qui se manifeste à travers la reconnaissance croissante des droits subjectifs reconnus aux citoyens et l’auteur d’affirmer alors que «désormais, c’est l’individu qui est sacralisé et le droit administratif devient un outil de protection des droits individuels contre l’administration».

II. Les services publics économiques et le Code civil

13. – *Introduction.* – La question qui constitue le fil d'Ariane de ce deuxième chapitre invite à apprécier dans quelle mesure le régime du droit commun des contrats posé par le Code civil est (ou non) applicable aux prestations de service public.

S'agissant des relations nouées avec un prestataire public, une question préliminaire a longtemps retenu l'attention de la doctrine et de la jurisprudence belges et justifie, dès lors, de s'y arrêter en prélude. Elle porte sur la nature même de la relation qui se noue avec l'utilisateur-consommateur : le fait qu'il sollicite une prestation et « adhère » ensuite, expressément ou tacitement, aux conditions définies par le prestataire, suffit-il à déplacer (totalement ou partiellement) la relation de la sphère du droit public à celle du droit privé, de l'acte réglementaire au contrat¹⁰⁶ ? Tel sera l'objet du point A.

Nous soulignerons ensuite ce qui, en marge ou indépendamment de ce questionnement préliminaire, nous paraît inviter à constater soit un affaiblissement (B) soit une accentuation (C) des protections classiquement offertes par le Code civil au consommateur et qui se justifie par la spécificité du service public. Comme nous le verrons, au-delà des législations particulières propres à certains secteurs, ce sont ici surtout les « lois » du service public¹⁰⁷ qui vont constituer le fondement d'une possible différence de traitement entre les consommateurs.

Nous citerons, enfin, certaines décisions ayant admis une transposition telle quelle de certaines institutions civilistes aux prestations de service public (D).

A. La qualification de la relation de prestation de service public – entre règlement et contrat?¹⁰⁸

14. – *Introduction.* – Une des principales questions posée en jurisprudence fut longtemps de savoir si la relation de service public doit être qualifiée de contractuelle (au sens où l'entend l'article 1101 du Code civil) ou de réglementaire (en raison de l'acte unilatéral préalable qui l'énonce et de l'habilitation légale à prester la mission qui le sous-tend).

¹⁰⁶ Qu'il soit qualifié de droit privé ou administratif.

¹⁰⁷ On connaît ces lois sous le nom de « lois de Rolland », du nom de l'auteur français qui les a, le premier, systématisées (voy. L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1932, p. 15).

¹⁰⁸ Pour plus de développements sur cette question, ainsi que les références jurisprudentielles, voy. C. DELFORGE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, *Le service public – Passé, présent et avenir*, 2009, pp. 434 et s. ; G. PEETERS, « Les règlements types pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement de l'électricité en basse tension et de gaz en distribution publique : leur naissance juridique, leur nature et leur nature juridique », *Juvis*, janvier 1993, pp. 5 et s.

A priori, le principal enjeu du débat ne paraît pas directement concerner le droit privé, mais être relatif à l'éventuelle compétence du Conseil d'État, lequel ne peut annuler que «les actes et règlements des autorités administratives» jugés contraires à la loi ou à la Constitution (article 14 des lois coordonnées). Sa compétence sera donc exclue, dans ce cadre, si la relation est qualifiée de contractuelle.

Si l'on se place sous l'angle de la protection des droits civils, cependant, la reconnaissance d'une nature réglementaire n'emporte par principe pas une exclusion de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire. Conformément à l'article 144 de la Constitution, en effet, ces derniers sont compétents pour connaître de toutes les «contestations qui ont pour objet des droits civils»¹⁰⁹.

Il n'en reste pas moins que là où, dans le silence de la loi et sous réserve de l'application des lois dites du service public, la qualification contractuelle autorisera une application sans réserve des dispositions du Code civil¹¹⁰, la qualification réglementaire y sera naturellement plus hostile, quoi qu'ait pu prétendre une partie de la jurisprudence¹¹¹ judiciaire.

15. – *Le cœur du débat : les rapports issus de la fourniture d'eau et d'énergie*. – Le secteur dans lequel la question s'est surtout posée fut celui de la fourniture d'eau et d'énergie par les prestataires publics (intercommunales et régies). Le débat maintint longtemps les jurisprudences judiciaire et administrative à distance.

Là où, dès 1950¹¹², le Conseil d'État optait pour la qualification réglementaire, la jurisprudence judiciaire resta longtemps majoritairement favorable à la figure contractu-

¹⁰⁹ Voy. sur ce principe, récemment, Cass., 20 décembre 2007, R.G. n° C.06.0574.F.

¹¹⁰ Reste alors à apprécier si l'on est en présence d'un contrat pouvant être qualifié de civil ou d'administratif... Sur la notion de contrat administratif et sa conséquence en termes de régime juridique, voy. notamment W. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, «Overeenkomsten met de overheid», *T.P.R.*, 1987, p. 1709, qui parlent à ce propos de «beleidsvereenkomsten» et de «misbruik van privaatrecht» (voy. n° 3.2). Le contrat administratif est principalement régi par des règles spéciales du droit administratif, sous réserve du silence de ce dernier, auquel cas le Code civil demeure d'application.

¹¹¹ Certains juges de l'ordre judiciaire ont, en effet, admis que le choix du règlement n'exclut pas une possible application par analogie des règles du droit commun des obligations contractuelles.

¹¹² C.E., 31 mars 1950, *R.J.D.A.*, 1950, p. 144 avec une note de LESPÈS. Pour une confirmation ultérieure, voy. spécialement C.E., 9 juin 1977, *A.P.T.*, 1977-1978, p. 73; C.E., 25 septembre 1988, *R.A.C.E.*, 1988, p. 1 et *J.T.*, 1989, p. 716; C.E., 30 juin 1993, arrêt n° 43.594. Cela étant, le Conseil d'État admit que la nature contractuelle devait être préférée lorsque les prestations sont fournies par une intercommunale à des citoyens qui ne résident pas sur le territoire des communes qui s'y rattachent : C.E., 21 novembre 1968, *R.A.C.E.*, 1968, p. 840; C.E., 22 novembre 2007, arrêt n° 177029.

On notera utilement que, dans un arrêt du 11 juillet 2001, le Conseil d'État français a, pour sa part, décidé que le règlement du service des eaux de la ville de Lille constitue un «contrat d'adhésion», dont les clauses abusives doivent être déclarées illégales : C.E. fr., 11 juillet 2001, *J.C.P.*, 2001, éd. E, p. 1260 et *R.T.D.civ.*, 2001, p. 878 avec une note de J. MESTRE. Sur le régime des clauses abusives en droit belge, voy. *infra*, n° 45.

elle¹¹³. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2000¹¹⁴, dont le principal enseignement sera confirmé le 27 novembre 2006¹¹⁵, semble toutefois avoir voulu mettre un terme aux discussions. La haute juridiction jugeait alors, de façon tout aussi brève qu'énigmatique, que «les conditions de fourniture d'électricité revêtent un caractère réglementaire en raison de la mission de service public qu'assure le distributeur d'électricité»¹¹⁶. L'existence d'une mission de service public paraît ainsi, aux yeux de la Cour, à même de justifier en soi une préférence pour le règlement. On regrettera, cependant, le laconisme d'une telle énonciation – qui, dans sa formulation, paraît poser un arrêt de principe – s'agissant de la première prise de position de la haute juridiction dans une question des plus controversées¹¹⁷.

Dans ce domaine particulier, la question a toutefois perdu une bonne part de son intérêt. La libéralisation du marché de l'énergie a, en effet, été de pair avec la reconnaissance, au profit des consommateurs, d'une liberté de choix du fournisseur¹¹⁸ et d'un pouvoir (certes souvent théorique) de négociation des conditions de fourniture¹¹⁹. C'est sans doute ce qui

¹¹³ Voy. les décisions citées in C. DELFORGE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, 2009, pp. 434 et s., ainsi que les conclusions de l'avocat général Henkes sous Cass., 26 septembre 2002, R.G. n° C.00.0585.F; B. HAUBERT, «Les rapports entre l'utilisateur et le service public de distribution d'électricité et de gaz», in *Aspects juridiques des coupures de gaz et d'électricité*, sous la direction de J. GILLARDIN, *R.I.E.J.*, 1986, pp. 45 et s.; D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, pp. 409 et s.; B. PEETERS, «De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers : een contractuele of een reglementaire relatie?», *R.W.*, 1990-1991, pp. 137 et s.; P. VAN DER WIELEN, «La validité et la force obligatoire des clauses exonératoires de responsabilité contenues dans les conditions générales de distribution de l'électricité à la lumière d'une jurisprudence récente», *R.G.D.C.*, 1993, p. 431, n° 13; R. KRUTHOK, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, «Overzicht van rechtspraak, 1981-1992, Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, p. 230, n° 41; A. VAN OEVELEN, «De contractuele versus reglementaire rechtsverhouding tussen openbare nutsbedrijven en hun gebruikers en de rechterlijke toetsing van de in die rechtsverhouding gehanteerde exonetieclausus», note sous Cass., 4 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 1579.

Contra (qualification réglementaire) : Civ. Mons, 29 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1542; Anvers, 6 novembre 2000, *D.C.C.R.*, 2001, 415; Gand, 16 juin 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1585; Civ. Mons, 5 mai 1999, *J.T.*, 1999, 815; Anvers, 3 octobre 1990, *Iuvivis*, 1993, 39; Bruxelles, 12 septembre 1989, *J.L.M.B.*, 1989, pp. 1306 et s. ainsi que les références citées par A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, p. 1579.

¹¹⁴ Cass., 4 décembre 2000, R.G. n° C.99.0095.F.

¹¹⁵ Cass., 27 novembre 2006, R.G. n° C.05.0310.N.

¹¹⁶ Cette jurisprudence a été suivie par les juridictions de fond : voy. notamment Gand, 30 juin 2006, *T.G.R.*, 2008, livre 2, 114; Gand, 31 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, pp. 1589-1590; J.P. Tournai, 8 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 71; Anvers, 18 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1587.

¹¹⁷ Dans ce sens également A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, *R.W.*, 2002-2003, n° 40, p. 1579, n° 3.

¹¹⁸ Comme l'a souligné C. Marr, c'est ici un droit, non une obligation. Le législateur a, en effet, en la matière prévu le mécanisme du «fournisseur par défaut». Voy. C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, pp. 152 et s., n°s 24 et s.

¹¹⁹ Il n'en va pas de même du contrat, distinct, de raccordement qui est conclu avec le gestionnaire du réseau de distribution, qui continue de bénéficier d'un «monopole naturel» (sur ces monopoles, voy. spécialement C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, pp. 143 et s., n°s 12 et s.).

explique qu'à l'instar du droit communautaire¹²⁰, les législateurs fédéral¹²¹ et régionaux¹²² ont, depuis, expressément opté en faveur du contrat.

Une telle qualification, qui implique une soumission de principe aux règles du Code civil, ne reste, le cas échéant, théoriquement discutable que s'agissant des missions de service public imposées à des opérateurs publics¹²³.

16. – *Perspective critique au regard de la jurisprudence publiée en ce domaine.* – Par application des principes classiques, la nature réglementaire ne peut se concevoir¹²⁴ que si l'acte émane d'une autorité publique et a des effets obligatoires vis-à-vis des « tiers »¹²⁵.

Plusieurs critères ont été avancés par la jurisprudence pour justifier la figure réglementaire, dont la plupart ne sont pourtant guère convaincants au regard des principes classiques du droit civil. Ainsi en est-il, en particulier, de l'absence de consentement de l'utilisateur ou de la présence d'une situation de monopole.

Tout d'abord, le seul fait que l'utilisateur n'ait pas été en mesure de discuter les conditions de sa relation avec le prestataire ne justifie pas, à lui seul, de privilégier le recours à la notion de règlement. Le droit privé connaît, à cet égard, le contrat d'adhésion¹²⁶, lequel ne justi-

¹²⁰ Voy. la communication de la Commission du 5 juillet 2007 en vue d'une Charte européenne des droits des consommateurs d'énergie, COM(2007)386 final.

¹²¹ Voy. les deux lois du 29 avril 1999 relatives respectivement à l'organisation des marchés du gaz et de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999. Voy. aussi l'arrêté royal du 4 avril 2003 relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport pour le gaz naturel, *M.B.*, 2 mai 2003.

¹²² Voy. l'article 1^{er} du décret flamand du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité; les articles 25^{ter}, *quater*, *octies* et *decies* de l'ordonnance bruxelloise du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 17 novembre 2001 et les articles 2 et 49 du décret wallon du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, *M.B.*, 1^{er} mai 2001.

¹²³ On songe ici, par exemple, aux règlements établis par les gestionnaires de réseaux (intercommunales et régies).

¹²⁴ En tout ou partie si l'on admet une possible qualification mixte.

¹²⁵ La Cour de cassation est intervenue à plusieurs reprises pour préciser quels sont les actes des autorités qui sont de la compétence du Conseil d'État. Voy. Cass., 14 février 1997, R.G. n° C.96.0211.N (qui décide que peuvent être qualifiées d'autorités administratives les institutions qui sont créées ou agréées par les pouvoirs publics *dès lors que* leur fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics *et* qu'elles sont habilitées à prendre des décisions obligations vis-à-vis des tiers; une société anonyme qui preste un service public ne perd donc pas son caractère privé lorsqu'il est établi qu'elle ne dispose d'aucun *imperium* au sens précité); Cass., ch. réun., 6 septembre 2002, *J.T.*, 2004, p. 696 (qui précise que ces décisions obligatoires vis-à-vis des tiers sont celles qui créent des obligations à leur charge ou dans le chef de ladite autorité de manière unilatérale et ajoute que le rattachement organique aux pouvoirs publics n'est pas un critère déterminant); Cass., ch. réun., 28 octobre 2005, R.G. n° C.04.0575.N (le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître d'une demande de suspension d'une décision prise par une a.s.b.l. lorsque celle-ci n'a pas le pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers). Voy. par ailleurs à ce propos P.O. DE BROUX, *op. cit.*, 2009, pp. 32 et s., n°s 32 et s.

¹²⁶ La notion de contrat d'adhésion s'entend de manière relativement large puisqu'elle embrasse tous les contrats « dans la formation desquels le consentement de l'une des parties (client, consommateur, voyageur) consiste à se décider, à saisir une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion, adhérant ainsi aux condi-

fiera, le cas échéant, que l'application d'un régime particulier destiné à contrer les abus que commettrait le rédacteur de l'acte dans l'exécution de sa mission¹²⁷.

Ensuite, l'éventuelle situation de monopole (de droit ou de fait, ce que connaît aussi le droit privé) ne constitue pas davantage, en elle-même, un argument suffisant à exclure la qualification contractuelle. On concèdera uniquement, le cas échéant, l'existence d'un contrat «forcé», comme on en connaît en d'autres domaines¹²⁸.

Il semble qu'en ce domaine, ce qui distingue les situations de droit privé des prestations considérées, c'est davantage, comme semble l'admettre la Cour de cassation, le fait que l'on est en présence d'une «mission de service public», mais ceci surtout parce qu'une telle mission implique deux conséquences déterminantes qui sont difficilement compatibles avec l'archétype contractuel : d'une part, le cadre prédéfini et standardisé auquel adhère – voire est *contraint* d'adhérer – l'usager existe – et *doit* exister – par et dans l'intérêt général qui en a justifié la reconnaissance ; d'autre part, cette «économie»¹²⁹ particulière légitime une plus grande évolutivité en cours d'exécution – parce qu'elle *ne peut* se concevoir indépendamment de cet intérêt général – et autorise plus naturellement la reconnaissance de prérogatives de puissance publique exorbitantes au regard du droit des contrats. C'est, à notre sens, ce qui nous rapproche davantage, théoriquement, des mécanismes propres à l'action administrative que de la technique contractuelle «pure» et qui peut, par voie de conséquence, expliquer que l'usager ne bénéficiera pas nécessairement des mêmes protections que celles reconnues au consommateur-cocontractant de droit «commun».

tions (délais, tarifs, etc.) établies unilatéralement à l'avance par l'autre partie (compagnie d'assurance, entreprise de transport, etc.)» (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Quadriga, 2004, p. 26). Voy. aussi H. DE PAGE, *Traité élémentaire*, t. II, 2^e éd., p. 536, n° 550.

Voy. cependant les critiques de L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. La mémoire du droit, 2^e tirage, 2008, pp. 123 à 126.

¹²⁷ Voy. notamment à ce propos la jurisprudence qui conclut à la présence d'un contrat d'adhésion, soumis tout à la fois aux mécanismes civil et commercial classiques et aux lois du service public, en matière de logement social : J.P. Grâce-Hollogne, 6 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 799-802 ; J.P. Grâce-Hollogne, 29 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 1810 et s. (cette dernière décision jugeant que la qualité d'autorité administrative des sociétés de logement se limite au cadre strict de leur mission de service public ; au-delà, lesdites sociétés ne disposent d'aucune prérogative de puissance publique les excluant du champ des protections classiques – et de conclure que «un règlement de location doit être (...) lu comme l'élément d'un contrat d'adhésion dont la validité s'apprécie au regard du droit civil (...) la circonstance qu'elle utilise des moyens contractuels civils pour réaliser le service public qui lui est confié ne la dispense pas des devoirs de bonne administration»).

¹²⁸ H. De Page ne considèrerait pas qu'une telle situation justifie en soi d'abandonner la qualification contractuelle, quelque dénaturé que soit alors le consentement (voy. aussi A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, R.W., 2002-2003, p. 1580, nos 6-7). Selon cet auteur, dans de telles situations, le juge devrait uniquement pouvoir contrôler la validité de telles conditions, ainsi que le caractère raisonnable de leur mise en œuvre, objectifs que rencontrent le contrôle de légalité ou la reconnaissance d'un pouvoir régulateur et modérateur sur la base de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil.

¹²⁹ La notion est ici mise en parallèle avec celle d'«économie contractuelle».

S'agissant des opérateurs privés qui ont été chargés d'une mission de service public, tout à la fois le défaut de qualité d'autorité administrative et l'absence du pouvoir de prendre des décisions en soi obligatoires vis-à-vis des usagers devront exclure que leurs actes soient qualifiés de réglementaires. Les relations nouées dans ce cadre avec les usagers ne pourront alors être de nature contractuelle et demeurer, dès lors, soumises au droit commun des obligations, sous réserve des spécificités justifiées par les besoins du service presté.

17. – *Quid des autres prestations de service public ?* – La discussion théorique reste cependant de mise dans certains cas. Pour trancher en faveur de l'une ou l'autre nature, il conviendra d'apprécier si l'on se trouve, ou pas, dans la sphère d'une mission de service public.

On notera utilement que, dans le cadre des services d'intérêt général non économiques, la qualification contractuelle a été retenue s'agissant (à tout le moins de certains aspects) des relations nouées entre les établissements libres d'enseignement et leurs élèves¹³⁰, ainsi qu'entre les chômeurs¹³¹ et les organismes publics d'aide à la recherche d'emploi.

La figure réglementaire a, par contre, été privilégiée en ce qui concerne les relations nouées entre un patient et un établissement de soins dépendant d'un C.P.A.S.¹³². Une nature hybride est, enfin, retenue par la doctrine moderne s'agissant des baux de logements sociaux¹³³ – sous réserve des contrats conclus par l'entremise d'une agence immobilière sociale (A.I.S.), qui est un opérateur privé¹³⁴ –.

Cette qualification a également été choisie dans le cadre des services d'intérêt général économiques, qu'il s'agisse de la téléphonie¹³⁵ (fixe et mobile), mais aussi du stationnement soumis à une redevance communale¹³⁶. Les conditions établies par la Loterie Nationale dans le cadre de ses missions de service public ont, par contre, été qualifiées de réglementaires¹³⁷.

¹³⁰ Voy. CE, arrêt n° 69.465 du 5 novembre 1997 (incompétence du Conseil d'État pour statuer sur un refus d'inscription). Voy. aussi C. const., 8 octobre 2003, arrêt n° 131/2003 (qui reconnaît une faculté de résolution dans le chef du pouvoir organisateur en cas de manquement d'un élève aux règles d'ordre et de discipline).

¹³¹ On parle ici de «contrat de projet professionnel». Voy. aussi Cass., 9 juin 2008, R.G. n° S.07.0082.F (qui porte plus spécifiquement sur l'office du juge dans le cadre du respect des engagements «contractuellement» pris par le chômeur).

¹³² Voy. notamment Civ. Tongres, 6 octobre 1999, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 51; Civ. Malines, 5 mai 1992, *VI. T. Gez.*, 1992-1993, 121.

¹³³ Voy. N. BERNARD et P. JADOUL, «Les acteurs locaux de la politique du logement : aspects individuels», *Rev. dr. comm.*, 2000, pp. 55 et s.

¹³⁴ Voy. Chr. DEWUZE et P. NIHOUL, «La location de logements sociaux en Wallonie», *D.C.C.R.*, 2004, p. 44.

¹³⁵ J.P. Jodoigne, 27 janvier 2006, *D.A. O.R.*, 2007, 265 et s. et Liège, 25 mai 2003, *Ann. prat. com. & conc.*, 2003, p. 868 (relations entre Belgacom et ses abonnés).

¹³⁶ J.P. Wavre, 19 janvier 2006, *R.R.D.*, 2007, pp. 97-102 («Attendu que la formation d'un contrat s'est réalisée au départ de l'offre de stationnement payant de la partie demanderesse, par l'acceptation de la partie défenderesse, qui résulte de sa décision de placer son véhicule en stationnement aux endroits visés par le règlement [ndlr le règlement communal]»).

¹³⁷ Bruxelles, 31 mars 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13256.

18. – *Quelques mots en guise de conclusion.* – Replacé dans un cadre plus général, le débat quant au choix entre une qualification réglementaire ou contractuelle nous paraît laisser émerger un (autre) enjeu symbolique important dans la compréhension que l'on peut avoir du service public.

Il semble aujourd'hui manifeste que l'action administrative tend à se rapprocher de la sphère du droit civil, et à user des techniques qui lui sont propres, abandonnant parfois l'acte unilatéral pour l'acte multilatéral, l'imposition pour le consensus, la soumission pour le consentement¹³⁸. Le mouvement de « *contractualisation* » des rapports noués avec les citoyens paraît ainsi davantage privilégié qu'auparavant.

Cette évolution vers une logique moins autoritaire et plus consensuelle ne doit, à notre sens, ni être surestimée ni être dénigrée. Elle nous semble, en effet, aller de pair avec un surcroît d'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts privés, favorisant probablement une logique plus respectueuse des droits individuels. Comme l'a souligné P. Martens¹³⁹, « c'est précisément parce qu'il est devenu le lieu de rencontre entre préoccupations privées et exigences publiques que le droit administratif doit s'organiser dans la consultation, la transparence, la coopération et la recherche d'adhésion : il ne s'agit plus de contraindre, mais de convaincre, de faire entrer la contestation parmi les éléments de décision (...) loin de se laisser détruire par les mécanismes du marché, le droit administratif s'en approprie les vertus, capable d'opter tantôt pour la réglementation tantôt pour le contrat ».

B. La mission de service public, facteur d'affaiblissement de la protection de l'usager?

1. L'opposabilité des règlements du service public

19. – *Le principe.* – La qualification réglementaire justifie une première dérogation importante en ce qui concerne les conditions d'opposabilité des conditions générales unilatéralement établies par le prestataire du service public.

On sait, en effet, qu'en droit commun des obligations contractuelles, l'opposabilité au consommateur de conditions rédigées unilatéralement par un « professionnel » s'apprécie

¹³⁸ Ceci se manifeste dans nombre de domaines, comme l'attestent notamment le droit de l'urbanisme et de l'environnement, la recherche et la « *mise au travail* » des chômeurs, le recours accru à la médiation dans le service public, etc.

¹³⁹ P. MARTENS, *op. cit.*, A.P.T., 2006, p. 5.

rigoureusement, au regard de la double exigence de leur connaissance effective¹⁴⁰ et de leur acceptation – laquelle peut, cependant, être tacite –.

Un tel régime n'est pas d'application en ce qui concerne les conditions présentant une nature réglementaire, qui sont opposables «de plein droit»¹⁴¹ si elles ont fait l'objet d'une publication régulière¹⁴². Conformément à l'adage *nemo censetur ignorare legem*, l'utilisateur est en effet présumé, et ce de façon irréfragable, en avoir eu connaissance et il acceptera de s'y soumettre par sa demande de fourniture du bien ou de prestation du service¹⁴³.

20. – *Les nuances.* – Cela étant, force est de constater que ce qui peut être d'abord perçu comme un déficit protectionnel est souvent compensé par le législateur lui-même. De nombreuses législations imposent, en effet, une remise matérielle préalable des conditions à l'utilisateur¹⁴⁴, voire exigent leur publication sur le site internet du prestataire^{145 146}. Cette obligation préalable d'information se prolonge d'ailleurs souvent pendant l'exécution des prestations (notamment s'agissant des factures intermédiaires en matière d'énergie et d'eau), et jusqu'à leur terminaison (décompte de clôture)¹⁴⁷. Plus même, le législateur précise alors ici le contenu minimum¹⁴⁸ de l'information qui doit être communiquée, voire le délai endéans lequel elle doit l'être.

¹⁴⁰ Voy. à ce propos la récente décision de J.P. Charleroi, 13 mai 2009, *J.J.P.*, 2010, pp. 11-12 (qui décide que les clauses écrites en caractères minuscules sur un document de 16 pages proposé par Mobistar comme conditions générales d'abonnement ne remplissent pas une telle condition).

¹⁴¹ Voy. J.P. Tournai, 15 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1062 et s.; J.P. Tournai, 8 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1071; J.P. Grâce-Hollogne, 29 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 1810 et s.; Civ. Mons, 29 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1542; J.P. Wervik, 9 juin 1998, *J.J.P.*, 2000, p. 290; J.P. Liège, 13 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1127. Pour les nuances parfois retenues, voy. P. VAN DER WIELEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1993, p. 429.

¹⁴² Article 190 de la Constitution. Voy. également par exemple l'article 144 de la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques économiques qui prévoit la publication au *Moniteur belge* des «conditions générales et particulières en matière d'offre des services et fournitures qui font partie du service universel, [d]es tarifs pleins ainsi que [d]es conditions de base pour l'obtention de tarifs réduits», ainsi que leurs modifications.

¹⁴³ Voy. dans ce sens J.P. Tournai, 8 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 71 (acceptation au moment de la demande de raccordement).

¹⁴⁴ Voy. aussi, en ce qui concerne l'obligation d'information, *infra*, n° 25.

¹⁴⁵ Voy. l'article 108 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

¹⁴⁶ Voy. aussi sur ces questions C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, pp. 166 et s.

¹⁴⁷ Voy. notamment les articles 90 et s. de l'arrêté royal du 4 avril 2003 relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport pour le gaz naturel, *M.B.*, 2 mai 2003.

¹⁴⁸ Ainsi, par exemple, dans le secteur de l'énergie, les informations prévues à l'article 29 de l'arrêté royal du 4 avril 2003 (et qui doivent être communiquées dans le cadre du contrat de fourniture) concernent tant le réseau de transport (articles 30 à 36), les règles respectées en matière de confidentialité des données (articles 47 à 51), les services proposés, les types de contrats de transport pouvant être conclus, les «procédures nécessaires en exécution du contrat de transport», les «documents standard» relatifs à l'exécution du contrat, le «fonctionnement du système de réservation et du marché secondaire» et le code du réseau. En cours d'exécution, des informations relatives à la facturation (articles 90 et s.) doivent également être communiquées. Des obligations comparables concernent le contrat de raccordement conclu avec l'utilisateur final (articles 81 et s.).

Dans les secteurs régulés, en outre, le législateur a pris soin de soumettre les conditions principales de fourniture à l'approbation préalable des organes de contrôle¹⁴⁹, ce qui devrait constituer une garantie additionnelle de l'absence d'abus et assurer ainsi une protection plus grande des usagers.

2. Le contrôle de la conformité à la loi des règlements du service public

21. – *Le principe.* – De nombreuses décisions rendues par les tribunaux de l'ordre judiciaire ont été l'occasion de contrôler la validité/légalité des conditions générales et règlements applicables dans les services publics¹⁵⁰.

Dans son principe, le contenu du contrôle de validité¹⁵¹ (conditions contractuelles) n'est guère différent du contrôle de légalité¹⁵² (conditions réglementaires) puisqu'il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de s'assurer du respect de la loi. Les conséquences du contrôle susceptible d'être opéré par les tribunaux de l'ordre judiciaire diffèrent, cependant, selon la qualification de la relation nouée. L'article 159 de la Constitution ne permet, en effet, aux cours et tribunaux que de refuser l'application d'un règlement jugé illégal¹⁵³; ceux-ci ne peuvent l'annuler¹⁵⁴, pareille compétence relevant exclusivement du Conseil d'État (article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État).

¹⁴⁹ Ainsi, dans le secteur du gaz, par exemple, les conditions générales de fourniture et de raccordement communiquées aux utilisateurs finals ne peuvent l'être qu'après accord de la C.R.E.G. Voy. spécialement, en ce qui concerne le contrat de fourniture, l'article 27 de l'arrêté royal précité du 4 avril 2003 et, en ce qui concerne le contrat de raccordement, les articles 84 et s.

¹⁵⁰ Voy. aussi sur cette question P. VAN DER WIELEN, *op. cit.*, R.G.D.C., 1993, spécialement 440-445; S. MAUCQ, «Les consommateurs et les sociétés de gaz et d'électricité – Une relation juridique complète en mutation», D.C.C.R., 1990, p. 321 et s.; G. PEETERS, *op. cit.*, *Iuris*, janvier 1993, pp. 5 et s.; C. DELFORGE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, 2009, pp. 455 et s., n° 51 et s.

¹⁵¹ Celui-ci se fonde plus particulièrement sur l'article 6 du Code civil et les lois impératives éventuellement applicables.

¹⁵² Ce contrôle invite à s'assurer que le règlement est conforme à la Constitution et à la loi au sens large. Sur le principe de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire de contrôler la légalité des actes réglementaires, voy. spécialement Cass., 10 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1245; Cass., 31 mai 2001, R.G. n° C.98.0198.N; Cass., 17 mars 2003, R.G. n° S.02.0022.N; Cass., 21 janvier 2008, R.G. n° S.07.0025.F.

¹⁵³ On notera utilement que, de façon comparable aux principes applicables, en droit civil, en cas de nullité d'une clause contractuelle, la Cour de cassation a admis que l'éventuelle illégalité d'une disposition du règlement n'exclut pas que ses autres dispositions demeurent applicables (Cass., 28 juin 2001, R.G. n° F.00.0024.F; Cass., 4 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, 207; Cass., 25 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, 1857).

¹⁵⁴ Un règlement illégal continuera donc d'exister dans l'ordonnancement juridique jusqu'à son annulation par le Conseil d'État (voy. dans ce sens spécialement Cass., 29 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, 407) ou son retrait par son auteur.

3. L'adaptation unilatérale des conditions du service public

22. – *La convention-loi et le principe dit «de mutabilité»*¹⁵⁵. – Souvent présenté comme inhérent à la loi de continuité, le principe de mutabilité est probablement celui qui, parmi les lois du service public, présente le contenu normatif le moins précis. Il s'apparente, en effet, *a priori*, davantage à une justification qui serait proposée *ex ante* pour expliquer l'action exorbitante de l'autorité publique qu'à une norme de comportement au sens propre du terme.

Eu égard à notre questionnement, on admet largement qu'un tel principe autorise un ajustement des conditions applicables à l'évolution du besoin qui a fait naître le service public¹⁵⁶, voire peut justifier sa suppression si celui-ci vient à disparaître¹⁵⁷. Sous cet angle, le principe de mutabilité se présente donc comme une sorte de «pouvoir du dernier mot»¹⁵⁸ reconnu à l'autorité publique qui a créé le service public, confirmant, ce faisant, tout autant la maîtrise que celle-ci conserve et la finalité d'intérêt général qui doit la guider dans ses actions¹⁵⁹.

Faisant application de ce principe, la jurisprudence a admis que les conditions et règlements puissent être valablement modifiés unilatéralement par leur auteur, prérogative que bannit par principe le droit commun des contrats (article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil), sous réserve d'une habilitation conventionnelle ou légale préalable.

Dans le cadre des relations qualifiées de réglementaires, le Conseil d'État¹⁶⁰ a, pour sa part, admis que le principe de mutabilité autorise le distributeur d'électricité à modifier le contenu de la prestation offerte aux usagers sans que ces derniers ne puissent s'y opposer, ni solliciter une indemnisation¹⁶¹. Ce principe impliquerait donc une absence de droit acquis aux conditions initiales du service public¹⁶².

23. – *Les nuances*. – Cela étant, ici encore le propos reste des plus nuancés.

Tout d'abord, l'habilitation du prestataire à modifier les conditions de la relation est le plus souvent expressément consacrée par la loi. Il s'ensuit que, dans les faits, la situation de l'utilisateur du service public ne sera alors guère différente de celle du consommateur «de

¹⁵⁵ Voy. aussi sur cette question C. DELFORGE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, 2009, pp. 468 et s., n^{os} 62 et s.

¹⁵⁶ Voy. Ph. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck, 2002, p. 86; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 48 et 49.

¹⁵⁷ Voy. notamment D. D'HOOGHE, «Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid», *R.W.*, 1993-1994, col. 1102.

¹⁵⁸ Voy. notamment B. GORS, *op. cit.*, in *Le service public*, la Charte, 2009, t. II, p. 112, n^o 11.

¹⁵⁹ Voy. spécialement F. DELPÉRÉE, «Les "droits et devoirs" d'une association intercommunale de distribution d'eau», note sous Cass., 12 décembre 1968, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 265 à 267.

¹⁶⁰ C.E., arrêt n^o 310, *Buttgen*, du 31 mars 1950.

¹⁶¹ En l'espèce, substituer un courant électrique alternatif au courant continu.

¹⁶² Voy. B. GORS, *op. cit.*, in *Le service public*, la Charte, 2009, t. II, p. 123, n^o 32.

droit commun» lorsque les clauses contractuelles qui lui sont opposables renferment une habilitation similaire.

Ensuite, dans les secteurs régulés, la plupart des législations tempèrent la rigueur de telles habilitations en imposant au prestataire d'informer l'utilisateur avant la mise en œuvre du pouvoir de modification, en reconnaissant à ce dernier une faculté de résiliation unilatérale¹⁶³, voire en déniaut au prestataire une telle prérogative¹⁶⁴.

En outre, et en tout état de cause, un contrôle juridictionnel *a posteriori* reste par principe de mise, lequel pourra permettre de s'assurer que la mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale a respecté le principe dit «du raisonnable»¹⁶⁵ – lequel œuvre de façon comparable au contrôle que permet, en droit commun des contrats, le principe de l'exécution de bonne foi des conventions consacré à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil –.

On notera, enfin, la garantie d'une absence d'abus que devrait constituer le contrôle, souvent additionnel et préalable, opéré par les organes régulateurs légalement institués dans les secteurs libéralisés – comme, par exemple, la C.R.E.G. dans le secteur de l'énergie et l'I.B.P.T. pour les services postaux et les télécommunications¹⁶⁶ –.

C. La mission de service public, facteur d'une plus grande protection de l'utilisateur?

24. – *Introduction.* – À côté des protections ponctuellement prévues par le législateur, les «lois» du service public autorisent, elles aussi, un infléchissement des principes du droit commun des obligations contractuelles.

Le cadre limité de notre étude ne nous permet que d'en retenir les applications jurisprudentielles les plus significatives. Ainsi, n'étudierons-nous pas toutes les «lois» ou principes généraux, qui sont susceptibles de constituer autant de garanties additionnelles offertes aux consommateurs – comme, par exemple, l'obligation de fournir le produit ou

¹⁶³ Voy. par exemple l'article 108, §2, de la loi relative aux communications électroniques; article 144ter de la loi sur les entreprises publiques économiques s'agissant des modifications apportées aux conditions de La Poste; les arrêtés «électricité» et «gaz» du gouvernement wallon du 30 mars 2006 précités.

¹⁶⁴ C'est le cas en matière d'énergie où un mécanisme de régulation tarifaire (par l'intermédiaire de la C.R.E.G.) empêche désormais les gestionnaires de réseaux de modifier de façon discrétionnaire les tarifs applicables.

¹⁶⁵ Pour une application, voy. C.E., 27 septembre 1988, n° 30.876, *J.T.*, 1989, p. 716.

¹⁶⁶ Il faut également compter avec les conditions-types élaborées dans certains secteurs. Voy. ainsi, par exemple, la circulaire ministérielle du 16 décembre 1988 qui fixe désormais, pour la Région wallonne, les conditions types de distribution d'eau (*M.B.*, 1^{er} mars 1989). De même, l'Intercommunale bruxelloise de distribution d'eau a publié des «conditions générales de la distribution d'eau et des services d'assainissement».

prester le service en contrepartie d'un prix «raisonnable»¹⁶⁷ ou les conséquences attachées au principe de bonne administration, intimement lié aux principes de sécurité juridique¹⁶⁸ et de confiance légitime¹⁶⁹ –.

Après avoir souligné une obligation additionnelle d'information généralement prévue par le législateur (1), nous centrerons nos développements sur les adaptations qui ont pu être reçues en jurisprudence au regard des principes d'égalité et de non-discrimination (2) et de continuité du service public (3).

1. Une obligation d'information renforcée

25. – *Le droit commun des obligations contractuelles.* – Le Code civil assure la protection du consentement en posant la condition de son existence (article 1108) et en réglementant le régime qui est applicable lorsqu'il est affecté de l'un des vices qu'il reconnaît, de façon générale (erreur, dol et violence) ou exceptionnelle (lésion).

La doctrine et la jurisprudence majoritaires ont, par ailleurs, déduit de l'exécution de bonne foi des conventions (article 1134, alinéa 3) une obligation d'information précontractuelle, à tout le moins dans le cadre des relations asymétriques entre professionnels et consommateurs¹⁷⁰, domaine dans lequel pareille obligation trouve désormais un fondement légal spécifique dans l'article 30 de la L.P.C.C.¹⁷¹.

Cela étant, si la bonne foi justifie, dans certaines circonstances, la reconnaissance d'une obligation d'information, elle a nécessairement pour corollaire un devoir de se

¹⁶⁷ Voy. l'article 82 de la loi sur les entreprises publiques autonomes ainsi que, notamment, Bruxelles, 13 juin 1938, *R.C.*, p. 293.

¹⁶⁸ Cass., 27 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 680 qui n'y voit cependant pas une source de droit autonome en raison de son imprécision.

¹⁶⁹ Voy. spécialement Cass., 3 juin 2002; Cass., 26 octobre 2001; Cass., 6 novembre 2000; Cass., 3 novembre 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 596.

¹⁷⁰ La jurisprudence en offre surtout des illustrations lorsque le produit vendu présente une certaine technicité (Anvers, 20 octobre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, 60 (carrelages); J.P. Wervik, 5 janvier 1999, *J.J.P.*, 1999, 394 (matériel informatique); Mons., 14 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 96 (vente d'un véhicule)) ou présente un danger pour la santé (voy. spécialement en jurisprudence française Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 14 mai 2009, pourvoi n° 08-16.395; Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.373; Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-21.817).

Sur un plan plus général, la Cour de cassation de France a jugé que l'obligation de loyauté implique d'informer l'autre partie sur les conditions essentielles du contrat, que chaque partie sait déterminantes du consentement de l'autre : Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 11 mai 2005, inédit, pourvoi n° 03-17682 (dol dans un contrat de vente).

¹⁷¹ Voy. à ce propos *infra*, n° 45. Sur les évolutions possibles de cette obligation, voy. par ailleurs I. SAMOY et E. TERRY, « Informatie aan consumenten in het voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten », *D.C.C.R.*, 2009, 84-85, pp. 38-82.

renseigner; seule l'ignorance légitime du consommateur pourra, le cas échéant, être prise en compte¹⁷².

26. – *L'information et la transparence du service public.* – Allant au-delà de ces exigences prétoriennes en matière d'information précontractuelle, voire même de ce qu'imposent la plupart des législations consuméristes existantes, le législateur fixe le plus souvent un cadre extrêmement précis et rigoureux à l'obligation précontractuelle¹⁷³ et contractuelle¹⁷⁴ d'information en matière de services publics.

Afin d'accroître encore la transparence de certains secteurs et de garantir une décision « libre » et « éclairée » des usagers, des initiatives européennes originales viennent s'ajouter à ces protections plus classiques. Ainsi, par exemple, dans le secteur libéralisé de l'énergie, l'Europe a-t-elle mis en place un « forum des citoyens pour l'énergie »¹⁷⁵ dont le but est « d'épauler les consommateurs en veillant au respect de leurs droits existants dans l'ensemble de l'U.E. et en leur fournissant des informations claires et simples sur les choix dont ils disposent en matière d'achat de gaz et d'électricité »¹⁷⁶. Ce forum devrait contribuer à l'adoption de recommandations tendant à améliorer la protection des consommateurs d'énergie, notamment en matière de facturation.

¹⁷² Voy. notamment M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Anvers, Story-Scientia, 1999, p. 62; G. SCHRANS, « De progressieve totstandkoming der contracten », *T.P.R.*, 1984, pp. 9-16.

¹⁷³ C'est ainsi que, spécialement, il n'est pas rare que le législateur oblige la communication d'une offre écrite comprenant certaines mentions obligatoires en cas de demande de fourniture – cette offre étant, le cas échéant, à communiquer dans un délai précis – et exige la communication d'informations minimales. Voy. aussi à ce propos C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, pp. 158 et s., n°s 33 et s. Voy. par ailleurs pour une illustration de l'obligation d'information en matière de téléphonie, J. LAFFINEUR, « Le juge, le consommateur et la note de téléphone », note sous J.P. Beuraing, 26 janvier 2010, R.G. 09/A/50 (décision devenue définitive), tous deux à paraître prochainement dans la présente revue.

¹⁷⁴ C'est ici également particulièrement éloquent dans le secteur de la fourniture de gaz et d'électricité, des services postaux et de la téléphonie : délai fixe de réponse suite à une demande de l'utilisateur, informations à communiquer en cours d'exécution (spécialement en ce qui concerne les factures de régularisation, la modification unilatérale des conditions du service ou l'interruption de la fourniture), précision de mentions obligatoires, etc.

Ainsi, dans le secteur de l'électricité et du gaz, les factures de régularisation doivent, depuis le 1^{er} juillet 2003, contenir diverses informations obligatoires : éléments d'identification du fournisseur, taux de T.V.A. appliqué, prix, information sur l'évolution de la consommation, la nature des sources d'énergie primaire utilisées (arrêté du 4 avril 2003 relatif aux factures de fourniture d'électricité et de gaz, *M.B.*, 2 mai 2003). D'autres exigences sont, en outre, fixées par le Code de bonne conduite (voy. les articles 27 et s. de l'arrêté royal du 4 avril 2003 relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport pour le gaz naturel, *M.B.*, 2 mai 2003).

¹⁷⁵ www.ec.europa.eu/energy/gas_electricity/forum_citizen_energy_en.htm.

¹⁷⁶ Communication de la Commission du 11 mars 2009 – Rapport sur l'état d'avancement de la création du marché intérieur du gaz et de l'électricité, COM/2009/0115 final. Voy. aussi l'« eurobaromètre », mis en place en 2008, et le « tableau de bord des marchés de consommation » créé à l'initiative de la Commission et fixant les « indicateurs clés » de comparaison (à savoir les prix, le degré de satisfaction des consommateurs, le nombre de plaintes ainsi que les taux de changement de fournisseur).

2. Le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination

27. – Le principe d'égalité¹⁷⁷ et de non-discrimination est consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution et est rangé par la Cour de cassation parmi les principes généraux du droit¹⁷⁸.

Il est désormais acquis qu'un tel principe implique que tous les usagers doivent avoir accès au service, sinon dans les mêmes conditions, à tout le moins dans des conditions non discriminatoires¹⁷⁹. Les textes européens et belges¹⁸⁰ confirment une telle exigence : c'est d'une (véritable) obligation qu'il s'agit dans le chef du prestataire, obligation à laquelle correspond un droit dans le chef des usagers¹⁸¹, et dont le respect est assuré et contrôlé par les instances régulatrices compétentes.

S'agissant de certains services d'intérêt économique général, le principe se mue même en une exigence expresse d'universalité¹⁸² : certains services « minimum » doivent pouvoir

¹⁷⁷Fr. Delpérée a présenté l'égalité comme « la principale norme de référence en droit public » (*Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, p. 202). Voy. aussi sur ce principe Fr. KRENC, « La loi de l'égalité des usagers du service public : une loi surannée? », in *Le service public – Passé, présent et avenir*, t. II, la Charte, 2009, pp. 177-230.

¹⁷⁸Cass., 17 novembre 2000, *Pas.*, 2001, I, n° 630. Le principe d'égalité est, par ailleurs, consacré par de nombreux instruments : voy. par exemple l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme; l'article 2, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il est, enfin, confirmé s'agissant des entreprises publiques économiques à l'article 82 de la loi de 1991.

¹⁷⁹Les directives ayant accompagné l'ouverture au marché des services en réseau permettent, le plus souvent, aux États membres d'adopter des mesures différentes selon la catégorie d'utilisateurs finals considérée : particuliers ou entreprises, spécialement (voy. par exemple le considérant n° 26 de la directive « gaz » 2003/55/CE).

¹⁸⁰Voy. en ce qui concerne les biens dits « de première nécessité » comme l'eau [voy. par exemple l'article 2 du règlement général de distribution d'eau en Région wallonne à destination des abonnés et des usagers, *M.B.*, 31 juillet 2007, qui consacre un « droit au raccordement »], l'électricité [voy. par exemple l'article 6 de l'arrêté du gouvernement du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité qui prévoit une obligation de fourniture envers tout client résidentiel qui en fait la demande], le gaz [voy. par exemple la loi « gaz » du 29 avril 1999 et l'arrêté royal du 12 juin 2001 relatif aux conditions générales de fourniture de gaz naturel et aux conditions d'octroi des autorisations de fourniture de gaz naturel, *M.B.*, 5 juillet 2007 ainsi que le principe posé par l'article 5 de l'arrêté royal du 4 avril 2003 relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport pour le gaz naturel, *M.B.*, 2 mai 2003, spécialement en ses articles 42 et s.].

¹⁸¹L'existence d'un tel droit a été reconnue par la jurisprudence belge également. Voy. a ce propos Liège, 18 juin 1937, *R.A.*, 1938, p. 210 (qui reconnaît le droit des habitants d'une commune de bénéficier du raccordement en eau organisé par la commune, et selon les conditions prévues pour l'obtention du raccordement); Civ. Huy, 8 juin 1933, *J.A.L.*, p. 293 (qui décide qu'une commune qui crée un service public de distribution d'eau est tenue d'accorder le raccordement à toute personne remplissant les conditions d'usage du service et de lui fournir de l'eau potable aux mêmes conditions que celles octroyées aux autres citoyens). Voy. enfin C.J.C.E., 9 octobre 2008, *Julius Sabatauskas*, aff. C-239/07 (qui confirme que les États membres sont tenus de garantir un droit au raccordement au réseau de distribution d'électricité au titre du service universel).

¹⁸²Voy. ce qui a été dit concernant le service universel *supra* n° 10.

être prestés au profit de chacun, quelle que soit sa nationalité ou sa localisation géographique et quels que soient ses revenus. L'obligation du prestataire s'en trouve alourdie : un accès effectif à un coût « acceptable » doit être garanti.

Le principe prend alors des contours originaux lorsqu'il s'agit de l'appliquer à certaines catégories d'utilisateurs plus vulnérables¹⁸³, dont il convient de préserver la dignité et d'éviter l'exclusion sociale. Le droit fondamental à la dignité humaine, consacré par plusieurs instruments nationaux¹⁸⁴ et internationaux¹⁸⁵, nous paraît en tout état de cause aussi constituer le fondement de telles exigences.

Que déduire, cependant, de ce principe en comparaison avec le droit des obligations contractuelles ? Deux éléments méritent, à cet égard, d'être soulignés.

28. – *Une « obligation » de conclure dans le chef du prestataire ?* – Dans le chef du prestataire, spécialement lorsqu'il jouit d'un monopole de droit ou de fait, une telle exigence jouera nécessairement comme une entrave à sa liberté contractuelle – et, dès lors, à la liberté de commerce et d'industrie (décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791) –. Ce dernier se trouve placé dans un état d'« offre permanente », ce qui l'oblige à contracter avec tout usager qui remplit les conditions légales ou réglementaires d'accès au service.

Au regard des règles qui régissent la formation des contrats, ce constat n'emporte cependant guère de dérogation déterminante en terme de régime juridique. La situation du prestataire sera traitée de manière comparable à celle de toute personne qui offre, au sens juridique du terme, de contracter à un nombre indéterminé de personnes (offre publique). En particulier, l'atteinte ainsi portée à la liberté de commerce n'exclut pas le maintien d'une certaine autonomie dans le choix du contenu des conditions de fourniture du bien ou de prestation du service, sous réserve des éventuelles contraintes additionnelles prévues par la loi¹⁸⁶.

29. – *Un traitement non discriminatoire.* – Le principe d'égalité et de non-discrimination justifie aussi, selon certaines juridictions, d'invalider les clauses et conditions qui opèrent une différence de traitement entre les usagers du service public.

L'important contentieux judiciaire relatif aux conditions générales de fourniture d'énergie qui prétendent limiter ou exclure la réparation de *certain*s dommages (comme les dommages matériels) et/ou des dommages subis par *certain*s usagers (comme les profession-

¹⁸³ Tel est notamment un objectif de la directive 2003/55/CE relative au marché du gaz.

¹⁸⁴ Article 23 de la Constitution.

¹⁸⁵ Voy. spécialement le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (« Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde »).

¹⁸⁶ Voy. sur ces questions notamment C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, p. 152, n° 25.

nels)¹⁸⁷ est, à cet égard, éloquent. C'est ici en prenant notamment¹⁸⁸ appui sur le principe de non-discrimination que certaines juridictions ont refusé de reconnaître la validité de telles clauses.

3. Le principe de la continuité du service public

30. – *Introduction.* – Le principe général du droit¹⁸⁹ dit que la continuité du service public figure parmi les principes fondamentaux du droit administratif¹⁹⁰. Il implique que «tant que l'autorité estime qu'une activité répond à un besoin d'intérêt général et est érigée, à ce titre, en service public, ce service doit continuer à exister et à fonctionner conformément à sa nature et aux règles qui l'organisent»¹⁹¹.

¹⁸⁷ Une clause du règlement d'Electrabel – qui fit l'objet de contentieux – précisait ainsi, par exemple, que «le distributeur sera responsable des interruptions et variations de tension et de fréquence pour autant que l'abonné établisse l'existence d'une faute, d'un dommage et de la relation de cause à effet entre eux, et que les dommages autres que corporels ne soient survenus qu'à des biens utilisés exclusivement à des fins privées» (article V.2.b du règlement).

¹⁸⁸ Un grief d'illégalité a, parfois, également été retenu, en prenant appui sur l'article 18 de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique. Voy. dans ce sens Liège, 5 mai 2000, *R.G.A.R.*, 2002, 13491 («la clause limitant l'indemnisation aux biens utilisés exclusivement à des fins privées et sous déduction d'une franchise de 10.000 francs belges (montant indexé) ne peut être retenue car elle est contraire à l'article 18 de la loi du 10 mars 1925»).

Contra : Liège, 10 juin 2005, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14202 qui, infirmant la décision rendue par J.P. Tournai, 9 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2004/39, pp. 1737-1740 (qui avait jugé une telle clause contraire à l'article 6 du Code civil), décidait que «cet article 18 n'a pour but que de régler les rapports entre l'autorité publique et le distributeur, sans que le législateur n'ait voulu déroger au droit commun de la responsabilité dans les rapports entre les distributeurs et les tiers; cette disposition ne touche pas aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité et n'intéresse pas l'ordre public; il s'en déduit que les clauses d'exonération de responsabilité à l'égard des abonnés (...) sont licites, à condition que l'exonération stipulée n'ait pas pour effet de détruire l'objet de l'engagement, fournir du courant aux abonnés, ou d'exonérer le distributeur d'électricité de son dol ou de sa faute intentionnelle». Dans cet arrêt du 10 juin 2005, la cour d'appel ajoutait, en outre, que l'égalité serait davantage mise à mal en l'absence d'une telle clause dès lors qu'elle permet d'assurer un prix plus juste pour tous les utilisateurs en fonction de leurs besoins, la différence de traitement opérée étant, dès lors, justifiée. Pour sa part, la Cour de cassation décida, dans un arrêt du 26 mars 2004 (R.G. n° C.02.0038.F), qu'«en considérant que "(la) clause stipul(ant) que "le distributeur n'est tenu qu'à la réparation des dommages (...) aux biens utilisés exclusivement à des fins privées" (...), par sa généralité, couvre notamment tous les cas de responsabilité contractuelle du distributeur en cas de dommages matériels encourus par tout professionnel par suite d'une interruption de fournitures, et a pour conséquence de vider de tout contenu l'obligation essentielle du distributeur à l'égard de cette catégorie d'abonnés, à savoir fournir de l'électricité"» et que «le jugement attaqué ne viole aucune des dispositions légales visées en cette branche du moyen en refusant d'appliquer la clause d'exonération de responsabilité litigieuse, dès lors que cette clause, dans l'interprétation qu'il en donne et que reproduit la réponse à la seconde branche, anéantit l'objet même de l'obligation et, partant, ne peut légalement avoir d'effet entre les parties».

Voy. enfin Gand, 16 juin 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1585 (qui conclut à la validité de telles clauses).

¹⁸⁹ Voy. F. DEBAETS, «De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht», *T.B.P.*, 1988, p. 644.

¹⁹⁰ Le principe est consacré par l'article 82 de la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques économiques.

¹⁹¹ B. LOMBAERT, «La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum», in *Le service public*, la Charte, 2009, t. 2, p. 56, n° 3. Voy. aussi M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, t. I, p. 52.

La loi de continuité autorise de nombreuses dérogations aux droits civil et commercial, dont nous ne retiendrons que celles qui sont en lien avec notre propos et qui sont susceptibles de se manifester aux différents stades de la relation.

31. – *La conclusion de contrats énergétiques avec un fournisseur «par défaut»*. – En matière de fourniture d'énergie, tout d'abord, le législateur a assuré la continuité du service grâce à la mise en place du mécanisme original dit du «fournisseur par défaut» (*default supplier*)¹⁹² en ce qui concerne les clients éligibles qui n'ont pas fait le choix exprès d'un fournisseur.

Ainsi, en ce domaine, et afin d'éviter une interruption de la fourniture de ce bien perçu comme de première nécessité, l'absence de choix exprès d'un fournisseur emporte automatiquement la conclusion d'un contrat avec le fournisseur «par défaut».

32. – *Une obligation de fourniture permanente et régulière ?* – Au stade de l'exécution, le principe de la continuité du service public a souvent été invoqué pour justifier une obligation de fourniture permanente et régulière s'agissant des prestations continues, spécialement lorsqu'elles sont entendues comme étant «de première nécessité».

Contrairement aux principes admis en matière administrative¹⁹³, la jurisprudence judiciaire présente souvent cette exigence comme une obligation de résultat pour le prestataire, tout en admettant qu'elle cède lorsque la coupure est ponctuelle et nécessitée par le bon fonctionnement du service ou est la conséquence d'un cas de force majeure¹⁹⁴.

On notera utilement que, dans le secteur régulé de l'énergie, le législateur fixe désormais lui-même les conditions dans lesquelles peuvent intervenir les interruptions programmées de fourniture ainsi que les exigences à respecter en cas de coupures causées par des circonstances imprévisibles¹⁹⁵.

¹⁹² Voy. aussi à ce sujet G. BLOCK et D. HAVERBEKE, *op. cit.*, J.T., 2003, p. 506, n° 25.

¹⁹³ Voy. spécialement ce qui sera dit *infra* de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2004 (n° 35) qui, rejoignant la position majoritairement reçue en droit administratif, refuse de voir dans ce principe la source de droits subjectifs dont seraient titulaires les administrés.

¹⁹⁴ P. VAN DER WIELEN, *op. cit.*, R.G.D.C., 1993, p. 443, n° 28.

¹⁹⁵ L'article 71 de l'arrêté royal du 4 avril 2003 relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport pour le gaz naturel (M.B., 2 mai 2003) énonce ainsi, par exemple, pour principe que «les mesures d'interruption ou de réduction des services de transport ne sont autorisées que si elles sont raisonnables, transparentes et non discriminatoires». Et d'ajouter que «L'entreprise de transport signale toute interruption ou réduction des flux de gaz naturel au sein de son réseau de transport dans un registre spécialement prévu à cet effet». Des mesures doivent être prises lors de l'exécution des travaux d'entretien du réseau afin de ne pas perturber la fourniture (article 72); la C.R.E.G. doit être informée «le plus rapidement possible» de tout événement susceptible d'entraîner une interruption ou une réduction de celle-ci; des mesures doivent être prises concernant les clients finals afin que ceci leur nuise de la façon la moins dommageable possible (article 73). Voy. aussi les deux arrêtés du gouvernement wallon du 30 mars 2006 relatifs aux obligations de service public dans les marchés respectivement de l'électricité et du gaz.

33. – *Une adaptation dans la mise en œuvre de l'exception d'inexécution?* – Le principe de continuité du service public justifie-t-il un régime particulier de sanction des manquements de l'utilisateur à son obligation de payer le prix?

La jurisprudence majoritaire¹⁹⁶ a toujours reconnu le droit du prestataire d'utiliser de l'exception d'inexécution – que le rapport soit, à cet égard, qualifié de contractuel ou de réglementaire¹⁹⁷ – tout en imposant d'en concilier la mise en œuvre avec les contraintes propres à la réalité d'un service qualifié de première nécessité. Dans ce cadre, ce sont alors plus directement des droits fondamentaux¹⁹⁸ – et, en particulier, le droit à la dignité humaine (articles 23 de la Constitution et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) – qui peuvent imposer une atténuation de la rigueur des principes civilistes : le fournisseur reste, en ce domaine, tenu de garantir un service minimum indépendamment de la défaillance de l'utilisateur¹⁹⁹.

Cette exigence d'une fourniture minimale trouve d'ailleurs désormais un relais légal s'agissant des obligations sociales de service public prévues pour la fourniture d'eau²⁰⁰ et d'énergie²⁰¹. Hormis le cas de force majeure et sous réserve d'une autorisation judiciaire préalable, une fourniture minimale doit demeurer ininterrompue en toutes circonstances²⁰².

¹⁹⁶ Voy. spécialement les (contre)références citées par B. HAUBERT, *op. cit.*, *R.I.E.J.*, 1986, p. 29; D. DÉOM, *op. cit.*, p. 413 et S. MAUCQ, *op. cit.*, *D.C.C.R.*, 1990, pp. 324-326.

¹⁹⁷ Dans ce second cas, outre l'idée d'une sanction privée, on avance souvent que l'interruption se justifie par la considération que l'utilisateur ne répond plus aux conditions d'accès au service. Ph. QUERTAINMONT (*Droit administratif de l'économie*, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 1996, p. 130), énonce à ce propos, en effet, que « la distribution d'eau ou d'énergie étant un service public, l'intérêt public doit nécessairement prévaloir sur l'intérêt particulier. Dès lors, dans la logique du service public, l'utilisateur doit respecter les conditions mises à l'usage de ce service et, par le recours au principe de l'exécution d'office, le distributeur peut cesser les fournitures si l'abonné ne remplit plus les conditions d'accès ». Voy. encore B. HAUBERT, *op. cit.*, *R.I.E.J.*, 1986, pp. 43 et s.

¹⁹⁸ Voy. à ce propos J. FIERENS, « L'interruption de fournitures d'énergies de première nécessité et la référence aux droits de l'homme », in *Aspects juridiques des coupures de gaz et d'électricité*, sous la direction de J. GILLARDIN, *R.I.E.J.*, 1986, pp. 88 et s.

¹⁹⁹ Pour une application de ce principe, voy. Mons, 20 novembre 1990, *Iuvis*, 1994, 193 (électricité); Civ. Charleroi, 5 décembre 1997, *Iuvis*, 1999, p. 983 (gaz) ainsi que les références citées par S. MAUCQ, *op. cit.*, *D.C.C.R.*, 1990, p. 326. Voy. aussi ce qui a été dit *supra*, n° 10.

²⁰⁰ Voy. par exemple les articles 12, 14 et 38 à 44 du règlement général de distribution d'eau en Région wallonne; le décret flamand du 20 décembre 1996 réglant le droit à la fourniture minimale d'électricité, de gaz et d'eau, *M.B.*, 8 février 1997; l'ordonnance du 8 septembre 1994 réglementant la fourniture d'eau alimentaire distribuée par réseau en Région bruxelloise, *M.B.*, 29 septembre 1994.

²⁰¹ Voy. spécialement décret flamand du 20 décembre 1996 précité; les articles 20 et 21 de la loi précitée du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité; l'arrêt royal précité du 12 juin 2001 relatif aux conditions générales de fourniture de gaz naturel; les articles 25^{quater} et de l'ordonnance bruxelloise du 19 juillet 2001 relative à la distribution d'électricité; l'arrêt ministériel du 1^{er} juin 2004 fixant les prix maximaux pour la fourniture d'électricité par les gestionnaires des réseaux de distribution aux clients finals dont le contrat de fourniture a été résilié par leur fournisseur et qui ne peuvent pas être considérés comme des clients protégés résidentiels à revenus modestes ou à situation précaire, *M.B.*, 21 juin 2004.

²⁰² Voy. spécialement, dans le secteur du gaz, en Région de Bruxelles-Capitale, les articles 20^{quater} et s. de l'ordonnance du 1^{er} avril 2004, tel que modifié par l'ordonnance du 14 décembre 2006.

On notera, enfin, que, dans une récente décision du 4 décembre 2009²⁰³, la Cour de cassation a confirmé que le législateur peut exclure l'application de l'exception d'inexécution s'agissant de certains contrats synallagmatiques – et ce, alors même que ladite exception constitue un principe général du droit privé²⁰⁴ –. La haute juridiction décidait alors, en matière de contrat de téléphonie, que «les principes généraux du droit ne peuvent être appliqués par le juge dans une cause déterminée lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté du législateur». Le juge ne peut, dès lors, permettre l'application de l'exception d'inexécution lorsque le législateur l'a écartée, ce qui était le cas en l'espèce dès lors que l'article 61, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques prévoit que «Les opérateurs peuvent notamment se voir imposer (...) 3^o de ne pas retirer l'accès aux ressources lorsqu'il a déjà été accordé».

34. – *Une adaptation dans la mise en œuvre de la résolution?* – Une même logique d'accès aux services de première nécessité et de continuité du service public explique que le législateur organise souvent le régime de la sanction, plus drastique, de la résolution²⁰⁵ : dans certains cas, il impose purement et simplement le maintien du contrat malgré des éventuels manquements, même graves²⁰⁶; dans d'autres, il exige le respect de mesures préalables qui tendent à éviter la dissolution du contrat^{207 208}, laquelle ne peut le plus souvent intervenir que sur décision de justice²⁰⁹.

L'objet de telles interventions est assurément de renforcer la protection des usagers, qui ne peuvent être privés de certains services «de base» jugés essentiels par la collectivité.

35. – *Un contrôle plus rigoureux de la validité des clauses contractuelles?* – Dans le prolongement de ce qui précède, la jurisprudence²¹⁰ a parfois admis que le principe de la continuité du service public justifie d'invalidier les clauses des conditions générales et

²⁰³ Cass., 4 décembre 2009, R.G. n° C.08.0072.F.

²⁰⁴ Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 977.

²⁰⁵ Voy. aussi, en matière d'énergie et de téléphonie, C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, pp. 186 et s., n°s 64 et s.

²⁰⁶ On retrouve ce type d'obligation spécialement dans la réglementation régionale de la distribution d'électricité, d'eau et de gaz. Voy. notamment le décret flamand du 20 décembre 1996 réglant le droit à la fourniture minimale d'électricité, de gaz et d'eau, précité; les articles 9 à 10bis, ainsi que les articles 37bis et s. de l'arrêté «électricité» du gouvernement du 30 mars 2006, précité. Voy. encore l'obligation qui est faite aux gestionnaires de réseau de placer des compteurs à budget en cas de défaut de paiement des clients finals, ce qui n'est par ailleurs possible qu'au terme d'une procédure déterminée de rappel et de mise en demeure par le fournisseur.

²⁰⁷ Voy. spécialement les articles 25quinquies et 25octies de l'ordonnance bruxelloise «électricité».

²⁰⁸ Voy. aussi les articles 117 à 120 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Sur la validité des conditions générales de Belgacom qui l'autorisent à suspendre la possibilité d'appels sortants avant de résoudre l'abonnement de téléphonie, voy. Liège, 15 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1621 (validité).

²⁰⁹ Voy. à titre d'exemples, l'article 25octies de l'ordonnance bruxelloise «électricité» et les articles 20quater et s. de l'ordonnance bruxelloise «gaz». Pour la procédure à suivre dans les autres Régions du pays, voy. C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, pp. 189-190, n° 66.

²¹⁰ Voy. spécialement Anvers, 18 décembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, 1587; Liège, 10 juin 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14.202. Voy. aussi sur la validité de telles clauses, Gand, 31 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, 1589.

règlements qui autorisent le prestataire à suspendre ou interrompre unilatéralement la fourniture d'énergie.

C'est ainsi, notamment, que dans le célèbre arrêt *De Leener* du 27 septembre 1988²¹¹, le Conseil d'État décidait que «les distributeurs d'électricité ont le droit d'exclure leur responsabilité vis-à-vis des consommateurs; mais en ce cas, à l'exception de la fraude ainsi que du non-respect de l'obligation qui constitue leur mission même, soit la fourniture d'électricité; [...] cette seconde exception repose sur le principe de la continuité du service public, dont il découle que la partie adverse est tenue en tout temps de fournir de l'électricité».

Dans un arrêt du 12 février 2004²¹², la Cour de cassation a, cependant, pour sa part décidé que «le principe général du droit de la continuité du service public tend uniquement à assurer la permanence et le fonctionnement des institutions publiques; (...) ce principe n'impose pas nécessairement l'accomplissement continu ou permanent des services auxquels le citoyen a droit, même si les obligations des autorités sont soumises au contrôle des normes d'une bonne administration; (...) ce principe n'oblige pas en particulier les autorités à veiller à ce que les concessionnaires en distribution d'énergie assurent la distribution de l'énergie en permanence et sans interruption». Ainsi, selon notre Cour suprême, la continuité du service public tend avant tout à préserver l'intérêt général : elle vise la stabilité et la permanence du fonctionnement des institutions publiques, seules destinataires d'un tel principe. Elle n'accorderait, par contre, pas un droit subjectif aux usagers à une continuité dans la fourniture d'un service déterminé²¹³. La loi de continuité n'est, en ce sens, qu'«une règle de droit objectif à laquelle les actes et règlements administratifs doivent se conformer»²¹⁴.

On notera, enfin, qu'il est fréquent que le législateur interdise lui-même certaines clauses ou fixe les limites de leur validité. On songe ici spécialement à la réglementation dirigiste qui peut entourer les conditions tarifaires²¹⁵, la durée du contrat²¹⁶, les modalités d'exécu-

²¹¹C.E., 27 septembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 716.

²¹²Cass., 12 février 2004, *Pas.*, 2004, 256, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Dubrulle. Pour un commentaire critique, voy. D. DE ROY, «Le principe de continuité du service public et la situation de l'utilisateur», *R.C.J.B.*, 2005, pp. 228 et s., n° 44.

²¹³Raison pour laquelle, d'ailleurs, le législateur a, en matière d'énergie, organisé expressément cette continuité (voy. *supra*, n° 31 et s.).

²¹⁴B. LOMBAERT, *op. cit.*, in *Le service public – Les lois du service public*, la Charte, 2009, t. 2, p. 70, n° 22. Voy. dans le même sens D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, *op. cit.*, p. 423, n° 80.

²¹⁵Voy. spécialement l'article 144ter de la loi sur les entreprises publiques économiques s'agissant des critères devant guider les tarifs des services postaux.

Soulignons que, des prix maximaux peuvent être prévus pour la fourniture d'énergie aux clients finaux sur la base, notamment, de l'article 20 de la loi «électricité». Voy. à ce propos les arrêtés ministériels du 30 mars 2007 portant fixation de prix maximaux sociaux pour la fourniture de gaz (premier arrêté) et d'électricité (deuxième arrêté) aux clients résidentiels protégés à revenus modestes ou à situation précaire, *M.B.*, 19 juin 2007 (gaz) et 6 juillet 2007 (électricité).

²¹⁶Ainsi, par exemple, en Région bruxelloise, l'article 25quater de l'ordonnance «électricité» du 19 juillet 2001 précise la durée du contrat ainsi que ses modalités de terminaison.

tion des prestations²¹⁷, les obligations imposées aux utilisateurs²¹⁸, les limitations ou exonérations de responsabilité²¹⁹, les modifications unilatérales apportées en cours d'exécution²²⁰, etc. Ce sont ici autant de protections spécifiques qui viennent alors s'ajouter aux contrôles classiques de la validité/la légalité des conditions générales du service public.

4. Des exigences comportementales aggravées dans le chef des prestataires?

36. – *Le principe de bonne administration et la confiance légitime des usagers.* – On soulignera, enfin, que si une obligation de prudence et de diligence comparable à celle que retient l'article 1134, alinéa 3, du Code civil (obligation d'exécution de bonne foi²²¹) s'impose aux prestataires de service public, celle-ci est parfois appréciée de façon plus rigoureuse dans leur chef. Il n'est ainsi pas rare que les juges admettent qu'en ce domaine, les attentes des usagers-consommateurs puissent légitimement être plus grandes qu'envers des opérateurs privés offrant des prestations «purement» marchandes²²².

S'agissant des opérateurs publics, c'est alors, souvent, le principe de bonne administration, joint à la protection des attentes légitimes des usagers, qui est, à cette fin, invoqué pour renforcer une telle exigence.

Dans d'autres cas, c'est la motivation retenue par le juge qui convainc de sa conviction que des exigences aggravées s'imposent. Ainsi, dans une décision encore inédite²²³, le juge de paix de Beauraing²²⁴ semblait-il implicitement admettre que la position d'opérateur historique dont jouit Belgacom lui impose une plus grande prudence/diligence dans ses relations avec les abonnés et, en tout état de cause, ne lui permet pas de profiter d'une telle position de force²²⁵.

²¹⁷ Voy. par exemple l'arrêté royal du 27 avril 2007 portant réglementation du service postal, *M.B.*, 1^{er} juin 2006.

²¹⁸ Voy. notamment l'article 6 de l'arrêté du gouvernement du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité, *M.B.*, 27 avril 2006.

²¹⁹ Voy. spécialement l'article 17 du titre VIIbis du livre I^{er} du Code de commerce en ce qui concerne le transport de voyageurs; l'article 14 de la loi du 6 juillet 1971 relative à la création de La Poste et à certains services postaux, *M.B.*, 14 août 1971.

²²⁰ Voy. par exemple l'article 108, §2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

²²¹ Le fondement théorique pourrait également résider, selon le cas, dans les articles 1382 et 1383 du Code civil.

²²² Voy. J.P. Tournai, 15 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1062 et s. (distribution d'énergie); J.P. Charleroi, 29 janvier 1990 confirmé par Civ. Charleroi, 2 septembre 1992, *J.L.M.B.*, 1995, p. 272 (distribution d'énergie); J.P. Boussu, 8 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 907 (distribution d'énergie); J.P. Grâce-Hollogne, 29 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1810 (logement social); J.P. Charleroi, 20 février 1999, *J.T.*, 1999, 156 (logement social).

²²³ Celle-ci sera publiée dans un prochain numéro de la présente revue.

²²⁴ Voy. J.P. Beauraing, 26 janvier 2010, R.G. 09/A/50 (décision devenue définitive).

²²⁵ Pour un commentaire de cette décision, qui est plus riche que le seul enseignement que nous en gardons ici, voy. J. LAFFINEUR, «Le juge, le consommateur et la note de téléphone», à paraître dans un prochain numéro de la présente revue.

37. – *La reconnaissance d'obligations de résultat ?* – En droit commun de la responsabilité, il est classique d'opérer une distinction entre obligations de moyens et de résultat, distinction qui permet de mesurer l'intensité des obligations contractées par le débiteur et de fixer l'objet de la preuve qui devra être rapportée par le créancier insatisfait.

Il n'est sans doute pas inutile de souligner qu'à cet égard, la jurisprudence a parfois qualifié d'obligation de résultat certaines obligations mises à charge des prestataires de service public. Serait ainsi de résultat l'obligation faite à Belgacom d'insérer correctement dans l'annuaire téléphonique universel les données relatives aux abonnés aux services de téléphonie vocale de base²²⁶ ainsi que celle qui incombe à Electrabel de fournir de l'énergie à ses clients, eu égard au principe précité de continuité du service public²²⁷. Une telle jurisprudence s'explique, dans le premier cas, par les principes du droit commun des obligations (en l'espèce, l'absence d'aléa de la prestation) et, dans le second, par les lois du service public, sous réserve cependant de l'interprétation qu'en a donné notre Cour de cassation dans son arrêt précité du 12 février 2004²²⁸.

38. – *Les codes de bonne conduite.* – Si l'on parle des exigences comportementales, sans doute doit-on aussi dire quelques mots des codes de bonne conduite²²⁹ éventuellement applicables. Ainsi, dans le secteur du gaz, la C.R.E.G., instance régulatrice, a-t-elle notamment élaboré un Code de bonne conduite²³⁰ auquel adhèrent les fournisseurs. L'objectif était, en l'espèce, d'assurer une certaine sécurité juridique et la transparence des pratiques²³¹. Les initiatives européennes récentes tendent à favoriser le recours à de tels mécanismes d'autorégulation.

Mais quelle portée reconnaître à de tels codes lorsqu'ils n'ont pas été coulés dans un acte législatif ou réglementaire ?

Sur un plan général, les principes ne sont pas encore posés parmi les auteurs.

²²⁶ Liège, 7 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 834-836. Voy. aussi C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, p. 178, n° 56.

²²⁷ Liège, 10 juin 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14202; Liège, 5 mai 2000, *R.G.A.R.*, 2002, 13491. Voy. cependant ce qui a été dit *supra* concernant le principe de continuité du service public ainsi que C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, p. 178, n° 56 et les références citées. Voy. aussi *supra*, n° 30 et s.

²²⁸ Voy. *supra*, n° 35.

²²⁹ On notera que l'article 93, 7° de la L.P.C.C. définit le «code de conduite» comme étant «un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives et qui définissent le comportement des vendeurs qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité» (article 93, 7°), définition que reprend l'article 2, 31° de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

²³⁰ Ce code, auquel nous avons déjà fait référence *supra*, a été publié par un arrêté royal du 4 avril 2003 relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport pour le gaz naturel, *M.B.*, 2 mai 2003.

²³¹ G. BLOCK et D. HAVERBEKE, *op. cit.*, *J.T.*, 2003, pp. 500-501, n° 12.

La doctrine assigne généralement un caractère de *soft law*²³² aux codes de bonne conduite²³³. À l'instar d'autres instruments d'autorégulation, ces codes constitueraient ainsi une forme de «non droit», étant davantage porteurs d'un engagement de nature morale²³⁴ et échappant par principe à toute sanction juridique. La plupart des auteurs admettent néanmoins qu'ils puissent revêtir, à tout le moins, une juridicité «indirecte»²³⁵ par le truchement des mécanismes classiques du droit privé : le respect d'un tel code peut être l'objet d'un engagement volontairement assumé (par la voie d'une déclaration unilatérale ou d'un contrat), tout comme, de façon plus générale, les standards qu'ils énoncent peuvent contribuer à préciser le contenu de certaines normes «ouvertes» (*open norms*), spécialement celles que renferme le droit de la responsabilité civile, contractuelle (articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil) ou aquilienne (articles 1382 et 1383 du Code civil).

Par ailleurs, on notera utilement que peut constituer une pratique commerciale «trompeuse» au sens de l'actuel article 94/6, §2 de la L.P.C.C.²³⁶ toute pratique «qui, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, lorsqu'elle implique :

(...)

²³² Voy. notamment X. DIEUX, «Corporate governance – De la loi du 2 août 2002 au code Lippens», *J.T.*, 2005, p. 55; X. DIEUX et V. SIMONART, «Droit économique international et autorégulation», in *L'autorégulation*, colloque organisé à Bruxelles le 16 décembre 1992 par l'A.D.B.R. et le Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 203.

La terminologie nous paraît *a priori* contestable.

²³³ En matière d'énergie, certains ont cependant prétendu que l'accord sectoriel et le code de bonne conduite «ont acquis valeur de loi, par le détour de la L.P.C.C.» (R. BYL et G. HARVEN, *op. cit.*, p. 202, également cité par C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, p. 158, n° 32). C'est, à notre estime, une position trop absolue. Tout au plus nous paraît justifié d'admettre que le non-respect d'un tel code pourra être constitutif d'une pratique commerciale déloyale interdite par cette loi.

²³⁴ E. WYMEERSCH, «L'autorégulation dans le domaine financier», in *L'autorégulation*, colloque organisé à Bruxelles le 16 décembre 1992 par l'A.D.B.R. et le Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 186 (visant plus spécifiquement la déontologie financière).

²³⁵ Voy. notamment H. LAGA et F. PARREIN, «Corporate Governance : volstaat zelfregulering?», in *Van alle markten – Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen : Intersentia, 2008, p. 617, n° 4 et s.; X. DIEUX et V. SIMONART, *op. cit.*, 1995, pp. 203-204; E. LEROUX, «De code Lippens : juridisch afdwingbaar?», *T.R.V.*, 2005, pp. 513-529, spécialement p. 529.

²³⁶ Le principe a été introduit par une loi du 5 juin 2007 transposant la directive européenne 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. L'article 89 de la loi du 6 avril 2010 reprend la même idée, tout en la formulant quelque peu différemment. Il vise, en effet, désormais uniquement les «engagements [qui] ne sont pas des déclarations d'intention, mais sont fermes et vérifiables» (reconnaissant ainsi que certaines soumissions peuvent être non juridiquement obligatoires) et prévoit que c'est «dans le cadre d'une pratique commerciale» que l'entreprise doit avoir indiqué qu'elle est liée par le code (et, dès lors, plus de façon générale, dans ses relations avec les autres entreprises, par ex.). Le texte est, ainsi, plus proche de celui que retenait la directive précitée en son article 6.2.b.

2° le non-respect par le vendeur d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors que ces engagements sont fermes et vérifiables et qu'il indique qu'il est lié par le code».

D. Les autres aspects de la relation de service public : une protection équivalente des usagers et consommateurs?

39. – *Introduction.* – Certains éléments du régime général des obligations contractuelles paraissent, enfin, pouvoir être transposés tels quels aux prestations de service public, sous réserve d'éventuelles exclusions légales. L'opérateur de service public est alors traité comme le serait, en droit privé, tout «professionnel» dans ses relations avec un cocontractant consommateur.

Nous ne nous livrerons pas ici à un rappel, qui serait inutile au regard du présent propos, de l'ensemble du régime juridique susceptible de s'appliquer. Nous nous bornerons, en effet, à souligner celles seules des questions sur lesquelles, à notre connaissance, la jurisprudence est intervenue.

40. – *Le contrôle de validité des clauses et conditions contractuelles.* – Comme nous l'avons souligné *supra*, les protections classiques du Code restent applicables aux relations de service public. La jurisprudence a eu l'occasion de le rappeler, à de nombreuses reprises, s'agissant du contrôle de la validité/légalité des conditions générales du service public, dont le contenu reste identique²³⁷.

Le contrôle de validité (clauses contractuelles) ou de légalité (conditions réglementaires) invite à s'assurer que les conditions unilatérales ne contreviennent à aucune loi. Outre les législations propres à certaines prestations, pourront donc, le cas échéant, trouver à s'appliquer les dispositions du Code civil relatives à la validité des clauses pénales²³⁸ et des intérêts moratoires²³⁹, au même titre que les articles 31 et 32 de la L.P.C.C.²⁴⁰. Il en sera de même du contrôle prétorien réalisé par le truchement des principes généraux du droit – comme l'interdiction de s'exonérer de son dol et de vider le contrat de sa substance²⁴¹ s'agissant du contrôle opéré sur les clauses limitatives ou

²³⁷ Voy. *supra* n°s 13 et 35 ainsi que P. VAN DER WIELEN, *op. cit.*, R.G.D.C., 1993, pp. 427 et s., spécialement 440-445; S. MAUCQ, *op. cit.*, D.C.C.R., 1990, pp. 321 et s.

²³⁸ Articles 1226 et 1231 du Code civil. Pour une application, voy. Civ. Liège, 3 octobre 2000, J.L.M.B., 2001, 1258 (logement social); Gand, 3 mars 2004, D.C.C.R., 2005, pp. 66-71 (relation de soins).

²³⁹ Article 1153 du Code civil.

²⁴⁰ Voy. *infra*, n° 47.

²⁴¹ Voy. cependant à ce propos Cass., 26 mars 2004, R.G. n° C.02.0038.F. *Comp.* avec Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 347 et R.W., 1987-1988, 1359 et T.G.R., 1988, p. 8, n° 88/4.

exonératoires²⁴², ainsi que l'interdiction des engagements perpétuels, pour ne citer que les plus couramment invoqués –.

41. – *L'interprétation des conditions générales et règlements.* – En droit commun, afin de protéger la partie faible, la jurisprudence judiciaire tolère parfois une dérogation au principe de la prévalence de la volonté réelle sur la volonté déclarée (article 1156 du Code civil) et interprète les conditions générales contre leur rédacteur.

Ce principe, que confirme l'article 1602 du Code civil en matière de vente, a notamment été appliqué aux conditions de fourniture précisées dans le règlement d'Electrabel²⁴³.

Nous verrons en outre *infra* que l'article 31, § 4, de la L.P.C.C. franchit un pas supplémentaire en énonçant qu'«en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut»²⁴⁴. C'est alors toujours le sens favorable à l'usager-consommateur qui devra être privilégié en cas de doute.

42. – *La prescription des actions.* – La question se pose également de savoir si les règles du Code civil qui régissent la prescription des actions sont applicables aux prestations de services publics.

Il est des domaines dans lesquels la question ne se pose *a priori* pas : ceux dans lesquels le législateur est spécifiquement intervenu, en précisant un délai de prescription dérogatoire au délai décennal énoncé à l'article 2262*bis*, § 1^{er}, du Code civil s'agissant des actions personnelles²⁴⁵. Mais *quid* dans les autres cas ?

²⁴² Sur le principe de ce double contrôle aux clauses limitatives et exonératoires des opérateurs de services publics, voy. Liège, 10 juin 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14202; J.P. Tournai, 9 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2004/39, pp. 1737-1740; Civ. Ypres, 1^{er} février 1994, *Iuvvis*, n° 14, mai 1997, p. 715; Liège, 19 janvier 1989, *R.G.A.R.*, 1992, p. 11939; Mons, 26 avril 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1554.

Dans ce cadre, il a notamment été jugé que le fait que le bénéficiaire de la clause jouisse d'une position de monopole (Anvers, 12 octobre 1993, *R.W.*, 1993-1994, 718. Voy. par ailleurs Liège, 15 mai 2003, *D.C.C.R.*, 2004, pp. 57 et s. et *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1621 et s.) ou que celle-ci soit insérée dans un contrat d'adhésion (Liège, 19 octobre 1993, *R.D.C.*, 1994, 702, obs. Cl. P.; Liège, 19 janvier 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11939) n'affectent pas *en soi* la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

Voy. enfin sur cette question C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, pp. 171 et s., n°s 49 et s.

²⁴³ Voy. Civ. Gand, 18 décembre 1987, *T.G.R.*, 1988, 88/7.

²⁴⁴ Cette loi n'exclut l'interprétation *contra proferentem* que dans le cadre d'une action en cessation qui serait introduite sur la base de l'article 95 (article 31, § 4, *in fine*).

²⁴⁵ Voy. par exemple l'article 13 de la loi du 6 juillet 1971 relative à la création de La Poste et à certains services postaux, *M.B.*, 14 août 1971, qui énonce que «Toute réclamation et action judiciaire à l'encontre d'un opérateur postal se prescrit par un an à dater du jour de la réception par l'opérateur postal de l'envoi qui y donne lieu».

A priori, on serait tenté d'admettre qu'à défaut de règle spéciale, les règles du Code civil ne sont pas écartées, qu'il s'agisse du délai de dix ans²⁴⁶ ²⁴⁷ ou des délais «particuliers» prévus aux articles 2271 et suivants²⁴⁸.

En ce domaine, le débat s'est surtout focalisé sur deux prescriptions abrégées aux champs d'application déjà controversés.

La première est la prescription annale prévue à l'article 2272, alinéa 2, du Code civil, laquelle est applicable aux actions des «marchands pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands». De longue date, la jurisprudence judiciaire fait coïncider la notion de «marchand» avec celle de vendeur professionnel²⁴⁹. Peut-on y assimiler certains prestataires de services publics et, en particulier, les entreprises publiques économiques comme Belgacom?

La Cour constitutionnelle y a répondu par l'affirmative dans un arrêt du 20 juin 2007²⁵⁰. Elle décidait alors que «l'article 2272, alinéa 2, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle cette disposition ne s'applique pas aux actions d'une entreprise publique autonome pour la fourniture de "marchandises" au sens de cette disposition»²⁵¹.

Sous réserve d'une disposition légale spécifique, toutes les ventes de «marchandises», c'est-à-dire de biens corporels susceptibles d'appropriation²⁵², aux consommateurs/personnes physiques devraient donc pouvoir intégrer le champ de la disposition légale²⁵³.

²⁴⁶Sous réserve, bien entendu, des délais spécifiques prévus en matière de responsabilité aquilienne sur la base de l'alinéa 2 de l'article 2262bis, § 1^{er}.

²⁴⁷En faveur d'une application de principe de ce délai aux actions en paiement des factures d'énergie et de téléphonie, voy. C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, p. 191, n° 68.

²⁴⁸Sous réserve de se situer, bien entendu, dans le champ d'application *ratione personae* et *materiae* de ces dispositions.

²⁴⁹Notons que la notion de «non-marchand» renvoie à l'unique condition d'une finalité non professionnelle de l'achat du bien.

²⁵⁰C. const., 20 juin 2007, R.G. n° 88/2007. Voy. aussi, sur le cadre de cette disposition et la jurisprudence y relative, C. MARR, «Le délai de prescription applicable aux dettes de fourniture d'énergie», *J.T.*, 2009, pp. 592-594 (qui en déduit que cette disposition s'applique notamment également aux contrats de fourniture d'énergie, n° 8).

²⁵¹La Cour précisait alors aussi que «la seule circonstance qu'il s'agit d'une entreprise publique autonome ne suffit pas pour exclure l'entreprise en tant que telle de l'application du bref délai de prescription (...) La circonstance que cette entreprise effectue également des missions publiques ne change rien au fait que la présomption de paiement peut également être admise pour ses actions portant sur ses actes ayant pour objet la fourniture de "marchandises"».

²⁵²Ce que sont, notamment, l'électricité et le gaz.

²⁵³Et, à cet égard, comme l'a souligné C. MARR (*op. cit.*, *J.T.*, 2009, p. 594, n° 9), l'envoi d'une facture par le fournisseur ne suffira pas à opérer une intervention de la prescription comme c'est rendu possible par l'article 2274 du Code civil, à défaut, précisément, de reconnaissance écrite de la part du «non-marchand» lui-même. Ce ne sera ainsi que si ce dernier reconnaît par écrit la réalité de la dette, par exemple en apposant sa signature sur la facture ou sur un autre document arrêté pendant que court le délai de prescription abrégé,

Il reste qu'en matière de téléphonie, toute difficulté n'est pas levée, comme l'a d'ailleurs admis la Cour constitutionnelle elle-même. On peut, tout d'abord, douter qu'une application de la prescription abrégée réponde effectivement à la *ratio legis* du texte légal. Pour rappel, l'article 2272 du Code civil énonce une prescription qualifiée de «présomptive de paiement», en ce sens qu'il s'agit d'une prescription qui repose sur la présomption que la créance litigieuse a été payée au comptant par le «non-marchand», et ce au moment de l'acquisition des marchandises et sans qu'une quittance ait été délivrée²⁵⁴. En toute logique, dès lors, si un titre a été établi au moment de la naissance de la créance – ce qui sera généralement le cas, en l'espèce, au moment de la conclusion du contrat d'abonnement – et si le paiement n'a pas lieu au comptant – mais bien via une domiciliation ou un virement bancaire – l'application de la courte prescription paraît théoriquement plus contestable²⁵⁵. Ensuite, et au-delà de ces considérations, on peut légitimement s'interroger sur la qualification même du contrat dont question : en ce domaine, la doctrine écarte plus souvent celle de la vente, au profit de celle de contrat d'entreprise²⁵⁶, domaine dans lequel la prescription est classiquement exclue²⁵⁷. C'est ce que souligne également la Cour constitutionnelle s'agissant de la seconde question qui lui était posée²⁵⁸, lorsqu'elle ajoute que «le législateur a pu considérer que la présomption de paiement ne s'applique pas à la fourniture de services, parce qu'en règle générale, une preuve écrite est établie du contrat relatif à de telles fournitures».

La seconde est la prescription quinquennale prévue à l'article 2277 s'agissant de «tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts», soit les «dettes périodiques»²⁵⁹. Dans deux arrêts du 19 janvier 2005²⁶⁰ et du 17 janvier 2007²⁶¹, la Cour constitutionnelle a, ici également, jugé seule conforme au prescrit des articles 10 et 11 de

qu'un tel mécanisme pourra jouer. On notera, enfin, que la reconnaissance ou acceptation tacite de la dette n'opérera, quant à elle, qu'une interruption du délai, conformément à l'article 2248 du Code civil.

²⁵⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1344.

²⁵⁵ Voy. aussi sur ces discussions C. MARR, *op. cit.*, *J.T.*, 2009, p. 594, n° 10; C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, pp. 198-199.

²⁵⁶ Voy. sur les hésitations en ce qui concerne la qualification de tels contrats au regard des qualifications du Code civil, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3^e éd., n° 488.

²⁵⁷ À tout le moins si une qualification unique est retenue.

²⁵⁸ Soit celle de savoir si la distinction entre les biens et les services est conforme aux dispositions constitutionnelles.

²⁵⁹ Voy. aussi, en ce qui concerne l'enjeu du débat et l'application antérieurement réservée à cette disposition, C. MARR, *op. cit.*, *J.T.*, 2009, pp. 592-594; C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., 2009, pp. 192 et s., n°s 70 et s.; S. STIJNS et H. VUYE, «De verjaring van periodiek weerkerende schulden herbekeken (artikel 2277 van het Burgerlijk Wetboek)», *R.G.D.C.*, 1998, pp. 333 et s.; Chr. BIQUET-MATHIEU, «Remous autour du champ d'application de l'article 2277 du Code civil : les arrêts des 6 février et 23 avril 1998, deux arrêts antinomiques?», *R.C.J.B.*, 2000, pp. 495-498.

²⁶⁰ C. const., 19 janvier 2005, *J.T.*, 2005, p. 396.

²⁶¹ C. const., 17 janvier 2007, arrêt n° 13/2007, disponible sur le site www.arbitrage.be (contrat de téléphonie mobile).

la Constitution l'interprétation de cette disposition qui conduit à intégrer dans son champ d'application les dettes de fourniture d'eau (arrêt du 19 janvier 2005) et de téléphonie mobile (arrêt du 17 janvier 2007)²⁶², dès lors qu'elles ont, elles aussi, pour caractéristique de croître avec le temps sans que le montant total de la consommation puisse être déterminé *ex ante*²⁶³.

La Cour de cassation a rejoint cette lecture dans un récent arrêt du 25 janvier 2010²⁶⁴, où elle jugeait alors que «l'article 2277 du Code civil (...), qui tend à protéger le débiteur contre l'accumulation des arriérés d'une dette périodique née d'un même rapport juridique, s'applique au prix de fournitures de téléphonie mobile payables dans les conditions de périodicité visées à l'article 2277»²⁶⁵.

Au-delà des discussions propres au champ d'application matériel de ces dispositions légales, il est une certitude : peu importe, en la matière, que la prestation soit accomplie par une personne morale de droit privé ou de droit public et qu'elle relève ou non d'une mission de service public. Ces éléments ne peuvent, à eux seuls, justifier une différence pertinente de traitement entre les contractants.

Ceci ramène donc le débat relatif aux délais de prescription propres aux prestations de service public dans le cadre plus général de l'exigence du respect des principes d'égalité et de non-discrimination, qui ne peuvent être éludés. Et, à ce propos, les questionnements qui ont accompagné l'application des régimes spéciaux de prescription abrégée concernant les actions en responsabilité aquilienne menées contre l'État et ses entités décentralisées méritent probablement d'être rappelés²⁶⁶.

²⁶² Selon la Cour, en effet, «le critère sur lequel est fondée la distinction en cause, déduit du caractère de capital ou de revenu de la créance, n'est pas pertinent par rapport à l'objectif de l'article 2277 du Code civil, qui est à la fois d'inciter le créancier à la diligence et de protéger le débiteur contre l'accumulation de dettes périodiques sur une période trop importante» (C. const., 19 janvier 2005, *J.T.*, 2005, p. 396).

²⁶³ Voy. aussi C. MARR, *op. cit.*, *J.T.*, 2009, p. 593, qui cite également R. BYL et P.Y. DE HARVEN, «Le consommateur résidentiel», in *Le nouveau marché de l'énergie*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2007, p. 230.

²⁶⁴ Cass., 25 janvier 2010, R.G. n° C.09.0410.F.

²⁶⁵ Et d'ajouter alors que «Le jugement attaqué, qui constate que la demande de la défenderesse tend au paiement de factures périodiques établies pour des fournitures de téléphonie mobile à des intervalles inférieurs à une année, n'a pu, sans violer ledit article 2277, refuser d'appliquer la prescription visée à cette disposition aux motifs qu'"en l'espèce, le décompte de la [défenderesse] est arrêté au 7 mars 2002" et que "la créance est par conséquent une dette de capital et ne présente pas un caractère de périodicité". Le moyen est fondé».

²⁶⁶ Ce débat concernait plus particulièrement le régime de prescription des actions menées contre les pouvoirs publics, tel qu'initialement posé par la loi du 6 février 1970 sur la prescription des créances à charge de l'État (ainsi que la coordination intervenue par l'arrêté royal du 17 juillet 1991).

Voy. sur cette question spéc. M. KAISER, «La prescription de l'action en responsabilité civile extra-contractuelle contre un pouvoir public : la mutation permanente?», *R.G.A.R.*, 2009, 14.562; J. BAECK, «Buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen tegen de overheid», *NjW*, 2006, pp. 881 et s.; D. LAGASSE, «Le point sur... Le délai de prescription des dettes et des créances de l'État et des autres pouvoirs publics», *J.T.*, 2006, pp. 428-429; M. KAISER, «La prescription des dettes et des créances des pouvoirs publics, un domaine en pleine mutation», *Adm. publ.*, 2004/2, pp. 119-162.

Plusieurs décisions rendues par nos juridictions suprêmes²⁶⁷, mais également la Cour européenne des droits de l'homme, ont été l'occasion de porter un regard critique sur les délais différenciés qui sont applicables selon que l'autorité publique se trouve créancière ou débitrice de sommes vis-à-vis des citoyens. On notera alors utilement que, dans un arrêt *Zouboulidis c. Grèce* du 25 juin 2009²⁶⁸, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté la violation, par l'État grec, de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention. Ne critiquant alors pas l'institution même d'un délai de prescription – qui, selon elle, est un mécanisme qui permet d'œuvrer à une plus grande sécurité juridique –, la Cour estimait pourtant que, si des adaptations sont légitimes au regard de la mission de service public qui incombe aux États, encore «la seule appartenance à la structure de l'État ne suffit pas en soi pour légitimer, en toutes circonstances, l'application de privilèges étatiques» : il faut alors «que cela soit nécessaire au bon exercice des fonctions publiques»²⁶⁹. L'État est, dès lors, tenu de justifier la différence de traitement qu'il prétend opérer entre des situations comparables au regard des nécessités propres de sa mission de service public.

Comme l'a souligné M. Kaiser²⁷⁰, il s'en déduit qu'aux yeux de la Cour, «ni la qualité d'autorité publique que revêt le débiteur, ni l'intérêt de la mesure pour la gestion des finances publiques ne suffisent en soi à [...] justifier [une dérogation à l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme] surtout lorsque – ici par la brièveté du délai de prescription – celle-ci s'écarte assez largement du délai de droit commun». Seule une justification *concrète* au regard d'une situation particulière et de ses incidences sur les finances publiques paraît, en l'espèce, pouvoir être jugée compatible avec la disposition querellée : le maintien de délais abrégés de prescription, jouant au profit du prestataire, ne peut ainsi se justifier que s'il prend appui sur des raisons objectives et raisonnables au regard de la mission de service public prestée par l'organisme public. Cette considération plaide, à notre sens, en faveur d'un alignement de principe sur le droit commun, sous réserve de telles justifications ponctuelles – situation qui sera, cependant, difficilement rencontrée dans la pratique –.

²⁶⁷ Voy. spéc. en ce qui concerne la constitutionnalité d'une différence de traitement avec le délai trentenaire alors applicable, C. const., 15 mai 1996, arrêt n° 32/96; C. const., 21 juin 2001, arrêt n° 85/2001, ainsi que les références citées par M. KAISER, *op. cit.*, R.G.A.R., 2009, 14.562, n° 4.

²⁶⁸ Voy. spéc. C.E.D.H., 25 juin 2009, arrêt *Zouboulidis c. Grèce*.

²⁶⁹ C.E.D.H., 25 juin 2009, motif § 35.

²⁷⁰ M. KAISER, *op. cit.*, R.G.A.R., 2009, 14.562/2, n° 3.

III. Les services publics économiques et la loi sur les pratiques du commerce

43. – *Introduction.* – À côté de la protection «classique» qu’offre le Code civil aux cocontractants – et spécialement, grâce à ses interprétations prétorienne, aux cocontractants faibles – plusieurs législations renferment des protections additionnelles au profit de ceux qui revêtent par ailleurs la qualité de «consommateurs»²⁷¹. Parmi celles-ci, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection et l’information du consommateur (ci-après L.P.C.C.) est centrale.

Cette dernière loi présente un double objet²⁷² : renfermant les principales règles de la police du commerce, elle gouverne les relations entre vendeurs, d’une part, et offre une protection «générale»²⁷³ des consommateurs dans leurs relations avec des «vendeurs», d’autre part. Nous n’aborderons ici que ce second objet.

44. – *Une modification prochaine.* – L’examen qui suit se concentre sur la L.P.C.C. Cette loi a, cependant, été abrogée et sera remplacée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur²⁷⁴ (L.P.M.C.), qui, publiée le 12 avril 2010, entrera en vigueur en mai 2010²⁷⁵.

La publication récente de cette dernière loi ne nous permet pas d’en intégrer tous les enseignements. Nous nous bornerons à relever, sans les commenter, les principaux changements qu’elle apporte en la matière.

A. Le prestataire de service public, un «vendeur»?

45. – *L’article 1^{er}, 6^o, de la L.P.C.C. et son interprétation.* – Depuis 1991, la L.P.C.C. est dotée d’un champ d’application *ratione personae* orienté sur la notion, au contenu particulièrement large, de «vendeur».

²⁷¹ Sur cette notion, voy. aussi ce qui a été dit *supra* au n° 4.

²⁷² Sur les critiques parfois émises quant à cet «amalgame», voy. J.-L. Fagnart, «Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur», *R.D.C.*, 1991, pp. 258-298.

²⁷³ Cette loi a, en effet, été présentée comme une «loi-cadre relative à la promotion des intérêts des consommateurs» (Th. Bourgoignie, «Protection du consommateur et pratique du commerce : du compromis à l’indispensable réforme», in E. Balate et J. Stuyck (sous la direction de –), *Pratiques du commerce et information et protection du consommateur*, – Actes des Journées d’étude organisées les 19 et 20 novembre 1987 à Louvain, coll. «Droit et consommation», Story scientia, 1988, p. 281).

²⁷⁴ *M.B.*, 12 avril 2010. Voy. le projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Chambre, Doc. 2340/10, texte adopté en séance plénière et transmis au Sénat. Le projet a, ensuite, été adopté sans amendements par le Sénat le 18 mars 2010.

²⁷⁵ Article 142 de la loi.

Le législateur y fait correspondre trois catégories de prestataires²⁷⁶ (article 1^{er}, 6^o) :

- «Tout commerçant ou artisan ainsi que toute personne physique ou morale qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services, dans le cadre d'une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire» (point *a*),
- «Les organismes publics ou les personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant qui exercent une activité à caractère commercial, financier ou industriel et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services» (point *b*),
- «Les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à caractère commercial ou financier ou industriel, soit en leur nom propre, soit au nom ou pour le compte d'un tiers doté ou non de la personnalité juridique et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services» (point *c*), cette catégorie étant comprise comme étant résiduaire.

La largesse de l'actuel libellé de l'article 1^{er}, 6^o, paraît justifier une application de la loi aux services d'intérêt économique général²⁷⁷ dès lors qu'il suffit d'être en présence d'une activité²⁷⁸ commerciale²⁷⁹, financière ou industrielle²⁸⁰ qui est liée à la «vente» (*sic*) de produits²⁸¹ ou services²⁸² (point *c*).

²⁷⁶ Sur les critiques qui ont pu être adressées à l'emploi du terme «vendeur», voy. notamment J.-L. FAGNART, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1991, pp. 258-298 (qui souligne notamment que «le vendeur n'est pas seulement celui qui vend. C'est aussi celui qui loue, qui finance, qui assure, qui transporte ou qui preste un service quelconque (...) Pourquoi appeler 'vendeur' celui qui ne vend rien? La personne que la loi en projet baptise du nom de 'vendeur' correspond en réalité à la notion d'entreprise telle qu'elle est analysée par la doctrine moderne (...)» telle qu'elle a été consacrée par la Cour de justice des Communautés européennes (...) et telle qu'elle est définie par l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises (...)). Voy. aussi A. PUTTEMANS, «Professeur = vendeur? Où il sera question d'enseignement hôtelier, d'artisanat, d'autorégulation et de concurrence déloyale», *Ann. prat. com. & conc.*, 1995, pp. 508-514; V. WELLENS, *op. cit.*, *R.W.*, 2006-2007, pp. 102 et s.; E. TERRY, «Verkoper, consument en de beperkende werking van de W.E.M. op de W.H.P.C.», *Ann. prat. com. & conc.*, 1999, 631.

²⁷⁷ Nous reprenons ici C. DELFORGE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, in *Le service public - Passé, présent et avenir*, la Charte, 2009, pp. 406 et s., contribution à laquelle nous renvoyons le lecteur pour davantage de développements et références, le présent texte en constituant largement la synthèse.

²⁷⁸ Cette exigence suppose un caractère habituel; un acte isolé ne suffit pas.

²⁷⁹ L'activité commerciale s'entend, dans ce cadre, selon son sens courant, à savoir les actes réputés commerciaux par les articles 2 et 3 du Code de commerce ou une loi particulière (comme c'est le cas de la loi sur les entreprises publiques autonomes, comme ce sera dit *infra*).

²⁸⁰ La possible intégration d'activités financières ou industrielles permet d'inclure des activités qui sont dénuées de caractère commercial, comme les activités d'assurance mutuelle (activité financière) et l'extraction des mines et carrières (activité industrielle).

²⁸¹ La notion de produits s'entend de tout meuble corporel (article 1^{er}, 1^o, de la loi). Le gaz et l'électricité sont, notamment, des produits au sens de cette législation. Voy. dans ce sens également C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, p. 154, n° 27.

²⁸² Le service est défini comme «toutes prestations qui constituent un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi sur le registre de l'artisanat» (article 1^{er}, 2^o, de la loi). Entrent, par exemple, dans cette catégorie les prestations de téléphonie.

La question s'est pourtant légitimement posée de savoir si une mission de service public est une activité « commerciale, financière ou industrielle » et si, dès lors, celui qui la preste²⁸³ peut être qualifié de « vendeur » au sens de loi.

Dans une précédente contribution publiée avec J.-Fr. Germain²⁸⁴, nous avons plaidé en faveur de la thèse extensive proposée par A. Puttemans²⁸⁵, qui invitait à conclure à une application « généralisée » de la L.P.C.C.²⁸⁶ sous la seule réserve de dispositions légales contraires ou d'un conflit entre ses dispositions et les lois du service public.

Comme le relevait A. Puttemans, les arrêts de la Cour constitutionnelle du 26 octobre 2005²⁸⁷ et de la Cour de cassation du 18 juin 2007²⁸⁸ confortent la pertinence d'une telle lecture.

Dans la première décision, répondant à une question préjudicielle posée par le tribunal de police de Huy, la Cour constitutionnelle jugeait que l'interprétation qui aboutit à exclure la S.N.C.B. du champ des dispositions de la L.P.C.C. relative aux clauses abusives²⁸⁹ crée

²⁸³ Spécialement s'il est une personne morale de droit public de tels services.

²⁸⁴ C. DELFORGE et J.-Fr. GERMAIN, *op. cit.*, in *Le service public – Passé, présent et avenir*, la Charte, 2009, pp. 406 et s. Nous y renvoyons le lecteur pour une présentation des thèses favorable et défavorable (comme C. const., 13 juillet 2001, arrêt n° 102/2001, R.G. nos 1911 et 2011) à la soumission des prestations de service public à la L.P.C.C.

²⁸⁵ A. PUTTEMANS, « L'application aux services publics de la loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur », *R.D.C.*, 2006, p. 217.

²⁸⁶ Telle semble également être la position de C. Marr en matière de fourniture d'énergie et de télécommunications. Voy. à ce propos C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, p. 153, n° 26.

Contra : Anvers, 30 novembre 2004, *R.W.*, 2006-2007, n° 3, pp. 100-105, précité, qui refuse de considérer que la Ville d'Anvers puisse être qualifiée de « vendeur » au sens de l'article 1^{er}, 6° b) de la L.P.C.C. dès lors qu'en accomplissant une mission de service public, elle ne participe pas à l'activité économique. On notera, par ailleurs, que la Cour lui reconnaît, par contre, la qualité de consommateur au sens de l'article 1^{er}, 7° de cette même loi, et ce automatiquement, dès lors que la qualité de vendeur est exclue (interprétation qui est critiquable). Voy. à ce propos la note critique sous cet arrêt de V. WELLENS, *op. cit.*, *R.W.*, 2006-2007, spéc. p. 103.

²⁸⁷ *M.B.*, 11 janvier 2006, p. 2068 et *R.D.C.*, 2006/2, pp. 208 et s. avec une note de A. PUTTEMANS, « L'application aux services publics de la loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur », qui décide notamment qu'« interprétés comme n'excluant pas du champ d'application de la loi la S.N.C.B., pour ses prestations de service public, les articles 16, b), 31, 32 et 33, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, lus conjointement, ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution ». Voy. aussi le commentaire de cet arrêt de R. STEENNOT, « Waarom de N.M.B.S. als verkoper in de zin van de Wet Handelspraktijken beschouwd moet worden », *D.C.C.R.*, 2006, n° 70, pp. 64-67.

²⁸⁸ Cass., 18 juin 2007, R.G. n° C.06.0080.F.

²⁸⁹ En l'espèce, un voyageur avait été appréhendé dans un train alors qu'il ne disposait d'aucun titre de transport. Faisant application de son règlement (lequel impose au voyageur démuné d'un titre de transport d'informer le personnel d'accompagnement avant son embarquement, sous peine d'être tenu de payer, outre le prix de son titre de transport, une indemnité forfaitaire), la S.N.C.B. lui avait réclamé près de 200 EUR au titre de dommages et intérêts. Le fait que le transport de voyageurs entrât dans le cadre de la mission de service public de la S.N.C.B. suffisait-il à exclure cette dernière du champ d'application des articles 31 à 33 de la L.P.C.C. ? Plusieurs juridictions de fond avaient répondu par l'affirmative. C'était aussi la juris-

une différence de traitement entre la S.N.C.B. et les autres opérateurs économiques qui repose sur un critère objectif, mais non pertinent compte tenu du but poursuivi par le législateur – tel qu’il ressort des travaux préparatoires de la loi –, lequel a entendu donner à celle-ci un champ plus étendu que les seules activités de commerce²⁹⁰.

Selon la motivation retenue dans le second arrêt, ensuite, «Il ressort des travaux préparatoires qu’en réputant commerciaux les actes des entreprises publiques autonomes, le législateur a entendu soumettre ces entreprises au même régime juridique que celui des sociétés commerciales privées. Tous les actes d’une entreprise publique autonome, même ceux qu’elle accomplit sans esprit de lucre dans l’exercice de sa mission de service public, sont, bien que l’entreprise elle-même n’acquière pas la qualité de commerçant, régis par les règles du droit commercial, à l’exception des règles dont la loi elle-même exclut l’application et de celles qui sont incompatibles avec les stipulations du contrat de gestion ou avec les dispositions qui régissent cette mission de service public»^{291 292}. On peut en conclure, avec A. Puttemans²⁹³, que le «caractère général des termes ainsi utilisés par la Cour d’arbitrage» permet de conclure qu’elle a «jugé inconstitutionnelle l’exclusion de toute personne morale de droit public exerçant une activité commerciale et offrant en vente des produits ou des services (sans limitation aux seules entreprises publiques auto-

prudence constante du tribunal correctionnel de Huy qui, systématiquement réformait la décision du tribunal de police qui jugeait une telle clause abusive et la privait de tout effet. La S.N.C.B. se fondait sur le caractère réglementaire des dispositions appliquées au voyageur et sur la légalité de la différence de traitement opérée, laquelle repose sur «la qualité et la nature du service public». L’activité de transport relevant de sa mission de service public, elle ne pouvait être considérée comme une activité commerciale, seule visée par la loi; les actes posés dans le cadre d’une telle mission relèveraient ainsi, selon la S.N.C.B., exclusivement du droit administratif. S’agissant de l’indemnité forfaitaire litigieuse, elle joutait que cette «surtaxe ne doit pas s’analyser comme une clause pénale susceptible de réduction en application de la loi sur les pratiques du commerce, car elle ne relève pas de la sphère contractuelle. Il s’agit d’une mesure de nature administrative».

²⁹⁰ Selon la Cour, en effet, «Ce critère objectif n’est pas pertinent au regard de l’objectif poursuivi par le législateur. Il apparaît en effet des travaux préparatoires (...) que le législateur a donné à la loi sur les pratiques du commerce un champ d’application très large en vue de protéger le consommateur. Ce souci l’a amené à étendre le champ d’application de la loi à des personnes qui ne sont pas commerçants ou artisans (article 1.6.a)) ou à des personnes qui ne poursuivent pas un but de lucre (article 1.6.c)). Le champ d’application de la loi a du reste été encore étendu en 1998 pour protéger le consommateur contre les clauses abusives».

²⁹¹ La Cour concluait alors que «les dispositions (...) des lois relatives au registre du commerce, coordonnées le 20 juillet 1964, sont applicables à l’activité qu’exerce une entreprise publique autonome».

²⁹² Cette solution est cohérente avec la position de la Cour de cassation qui invite à considérer que l’existence ou l’absence de but lucratif du prestataire n’est pas déterminante de la qualification de «vendeur». Selon la Cour, en effet, c’est uniquement en considération de la nature même de l’activité ou de l’acte accompli qu’il convient d’apprécier si le prestataire peut ou non être qualifié de «vendeur» au sens de la loi (commercialité objective), indépendamment de la qualité de l’auteur de l’acte (commercialité subjective). Voy. à ce propos Cass., 11 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2003, 1252; Cass., 13 juin 2002, *R.C.J.B.*, 2004, 58 avec une note de J. STUYCK.

²⁹³ A. PUTTEMANS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2006/2, p. 217.

nomes) du champ d'application de l'ensemble de la L.P.C.C. (et non seulement de la partie de celle-ci relative aux clauses abusives».

Il s'ensuit ainsi, à notre sens, que les entreprises publiques économiques²⁹⁴ et les sociétés anonymes de droit public²⁹⁵ – dont les actes sont, par ailleurs, expressément réputés commerciaux par les législations y relatives²⁹⁶ – peuvent être qualifiées de «vendeurs» au sens de la loi, qu'il s'agisse d'actes relevant ou non de leur mission de service public²⁹⁷. Il en va de même des intercommunales, des organismes d'intérêt ou d'utilité publique au sens de la loi du 16 mars 1954²⁹⁸ ainsi que des sociétés commerciales à capitaux publics^{299 300}.

Il est, par ailleurs, intéressant de noter que la jurisprudence a qualifié de «vendeurs» au sens de la L.P.C.C.³⁰¹ :

- la Société Wallonne des eaux (S.W.D.E.) dans ses relations avec les consommateurs³⁰² ;
- la Poste dans le cadre de la vente de produits par l'intermédiaire de ses facteurs³⁰³ ;
- les sociétés de logement de service public dans le cadre des baux de logement social qu'elles concluent avec les particuliers³⁰⁴ ;

²⁹⁴ Belgacom, La Poste, la S.N.C.B., Infrabel, S.N.C.B. Holding, la Loterie Nationale, le Fonds de l'infrastructure ferroviaire (F.I.F.) et Belgocontrol (article 1^{er}, §4, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques).

²⁹⁵ Sur la transformation des entreprises publiques économiques en sociétés anonymes de droit public (comme ce fut le cas de Belgacom, Infrabel, La Poste, la S.N.C.B., la Loterie Nationale), voy. spécialement les articles 37 à 42 de la loi précitée du 21 mars 1991. Voy. aussi la Société de développement de Liège-Guillemins.

²⁹⁶ Voy. l'article 8 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Ceci va, notamment, de pair avec la consécration légale de leur soumission à la réglementation relative aux prix (article 9, § 1^{er}). Leur liberté de fixation des prix ne concerne cependant pas les prestations de service public (article 9, § 2). Voy. aussi l'article 3, § 2 de la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale (*M.B.*, 4 mai 2002).

²⁹⁷ Voy. à ce propos C. const., 26 octobre 2005, précité, point B.6.

²⁹⁸ Loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes publics, *M.B.*, 24 mars 1954. On vise donc ici, sous réserve du respect des autres conditions légales posées par l'article 1^{er}, 6^o, l'Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire, l'Agence fédérale des médicaments et des produits de santé, Bruxelles-propre, le Bureau fédéral du plan, la Régie des bâtiments, le Service des pensions du secteur public, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, l'Office de la naissance et de l'enfance, la Commission bancaire, le Palais des beaux-arts, etc.

²⁹⁹ Comme la Vlaamse Radio- en Televisieomroep (V.R.T.), par exemple.

³⁰⁰ Voy. sur cette catégorie J. STUYCK et C. GOEMANS, «“Consommateurs” et “vendeurs” dans la loi sur les pratiques du commerce», in J. GILLARDIN et D. PUTZEYS (éds.), *Les pratiques du commerce*, F.U.S.L., 1997, p. 30.

³⁰¹ Dans un arrêt du 22 mars 2005 (*Ann. prat. com. & conc.*, 2005, p. 648 et *NjW*, 2006, livre 138, p. 225 avec une note de R. STEENNOT), la cour d'appel de Bruxelles a, cependant, jugé que les crématoriums communaux ne sont pas des «vendeurs» s'agissant de l'utilisation des incinérateurs.

³⁰² J.P. Soignies, 5 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 1005 et s. (qui décide que «il ne convient pas de confondre la notion de but lucratif avec l'activité à caractère commercial (...) le fait de poursuivre un but d'intérêt public est également conforme à la définition de l'article 1^{er}, 6 b (...)»).

³⁰³ Comm. Anvers, réf., 20 juillet 1995, *Ann. prat. com. & conc.*, 1995, p. 813.

³⁰⁴ J.P. Grâce-Hollogne, 6 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 799-802.

- une intercommunale qui se charge de l'exploitation d'une entreprise de collecte, de transformation, de valorisation et de destruction des déchets ménagers, et qui se charge du dépôt des déchets transformés, et ce alors même qu'aucune contre-prestation n'est payée par celui qui bénéficie d'un tel service³⁰⁵;
- «les organismes d'utilité publique, qui ont pour objet la gestion de la participation d'opérateurs économiques à des foires»³⁰⁶;
- l'Institut géographique national³⁰⁷.

Il en est de même :

- des musées, à tout le moins dans le cadre de l'expertise individuelle de tableaux³⁰⁸;
- des mutualités qui proposent des assurances «hospitalisation» complémentaires³⁰⁹;
- d'une a.s.b.l. qui exerce une mission de service public et qui accomplit des actes de commerce objectifs dénués de but de lucre³¹⁰;
- d'une a.s.b.l. qui offre gratuitement des services de transport³¹¹, en ce compris un service transport par taxi et bus sur les cours d'eau de la ville de Gand³¹²;
- d'une a.s.b.l. qui organise un enseignement libre ainsi qu'une auto-école³¹³;
- d'une société dont l'objet social est l'information médicale et qui distribue une information relative aux effets secondaires d'un médicament³¹⁴;
- d'un hôpital qui fournit à ses patients et/ou visiteurs des services et des biens³¹⁵;

³⁰⁵ Anvers, 11 septembre 2003, *Ann. prat. comm. & conc.*, 2003, pp. 772-778.

³⁰⁶ *Ann. prat. comm. & conc.*, 1996, 909.

³⁰⁷ Selon la jurisprudence citée par J. STUYCK et C. GOEMANS, *op. cit.*, p. 31.

³⁰⁸ Bruxelles, 14 mai 1999, *Ann. prat. comm. & conc.*, 1999, 313 (et les nuances en cas d'activité mixte).

³⁰⁹ Bruxelles, 23 mai 2003, *R.D.C.*, 2004, pp. 285-292.

³¹⁰ Mons, 15 mars 2004, *Ann. prat. comm. & conc.*, 2004, pp. 688-698.

³¹¹ Bruxelles, 16 novembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 887 avec une note de P. WYTINCK, pp. 894-896.

³¹² Cass., 13 septembre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 462 avec une note de G. STRAETMANS, «Verkoopbegrip uit de Wet op Handelspraktijken, de daden van koophandel ontgroeit?», et in *R.W.*, 2003-2004, n° 30, pp. 1174-1179 avec une note de H. SWENNEN, «Het begrip 'verkoper van diensten' in het Wet Handelspraktijken : geen winstoogmerk vereist», où la Cour décide qu'un but de lucre n'est pas une condition de la notion de vendeur; c'est la nature de l'activité ou de l'acte qui est seule déterminante (et, en l'espèce, les actes de transport sont visés par l'article 2 du Code de commerce). Le litige portait davantage sur l'existence de pratiques commerciales déloyales, dont la cessation fut demandée sur la base de l'article 93 de la L.P.C.C.

³¹³ Gand, 13 juin 2002, *D.A. O.R.*, 2003, p. 58. Voy. cependant A. PUTTEMANS, *op. cit.*, *Ann. prat. com. & conc.*, 1995, pp. 508 et s. (selon qui «les activités d'enseignement ne sont pas des activités commerciales (...) et l'école n'est donc pas, en tant que telle, un "vendeur"», ainsi que les références citées par cet auteur).

³¹⁴ Cass., 12 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, 602.

³¹⁵ Gand, 3 mars 2004, *Ann. prat. comm. & conc.*, 2004, pp. 249-254. La Cour exclut cependant du champ de la loi les prestations accomplies individuellement par les médecins.

etc.

46. – *Les modifications retenues par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.* – La loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur ne maintient pas la notion de «vendeur», qui se trouve ici remplacée par celle d'«entreprise»³¹⁶.

Selon l'article 2, 1^o de la loi, l'entreprise s'entend de «toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris les associations», définition qui rejoint celle que retient l'article 2 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique³¹⁷, sous réserve de la situation des associations de personnes qui seraient visées par la nouvelle loi³¹⁸.

L'exposé des motifs précise que l'«activité économique» s'entend de «l'offre de biens ou de services sur un marché déterminé», tout en ajoutant que «la forme juridique sous laquelle celle-ci se déroule n'est pas pertinente. La manière dont les activités sont financées ne joue pas non plus de rôle ici»³¹⁹.

On peut, cependant, également y lire que «les organismes publics sont des entreprises en ce qui concerne leurs activités qui ne font pas partie de leur mission légale d'intérêt général. Lorsque l'activité concernée fait partie des tâches essentielles de l'autorité publique, à savoir l'exercice de compétences qui sont typiquement celles d'une autorité publique, l'organisme public n'agit pas dans ce cas en tant qu'entreprise. En revanche, s'il s'agit d'une activité économique qui ne doit pas être nécessairement assurée par l'autorité, l'organisme public agit comme une entreprise. Afin de déterminer si un organisme public agit en tant qu'«entreprise», il sera donc nécessaire d'examiner au cas par cas les activités qu'elle accomplit»³²⁰.

³¹⁶ Nous avons, par ailleurs, vu que la notion de consommateur sera, elle aussi, définie différemment puisque ne seront pas qualifiées de telles les personnes morales.

³¹⁷ *M.B.*, 29 septembre 2006.

³¹⁸ *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, Doc. 2340/01, pp. 35 et 36.

³¹⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, Doc. 2340/01, p. 36.

³²⁰ *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, Doc. 2340/01, p. 37. Notons que l'exposé des motifs ajoute encore que «les mutuelles et autres organismes sociaux sont des «entreprises» pour les activités qui ne sont pas la pure exécution de dispositions légales ou réglementaires. La Cour de justice a estimé que «les systèmes de sécurité sociale reposent sur un système d'affiliation obligatoire, indispensable à l'application du principe de solidarité ainsi qu'à l'équilibre financier desdits régimes» et que les «les caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social. Cette activité est, en effet, fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif. Les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations». Il s'ensuit pour la Cour de justice que cette activité n'est pas une activité économique et que, dès lors, les organismes qui en sont chargés ne constituent pas des entreprises au sens du droit de la concurrence, C'est pour les mêmes raisons qu'elles ne sont pas une entreprise au sens du projet de loi pour les activités susvisées. Par contre, les caisses de maladie sont effectivement des entreprises dans la mesure où elles offrent d'autres services tels que, par exemple, les assurances complémentaires. Un établissement d'enseignement public n'est pas une entreprise lorsqu'il dispense un enseignement, mais bien en revanche lorsque, par exemple, il loue ses installations».

Au regard de l'interprétation que nous avons proposée, la modification législative devrait donc emporter une limitation des droits des usagers, qui, s'agissant des prestations de service public offertes par des organismes publics, ne pourront pas se prévaloir des protections que la loi sur les pratiques du marché accorde aux consommateurs – sous la seule réserve, à notre sens, de l'exigence de conformité des dispositions nouvelles aux directives européennes qu'elles prétendent transposer (par ex. en matière de clauses abusives) –.

On ne peut que déplorer une telle limitation. Ces lois de droit privé poursuivent un objectif d'intérêt général qui nous paraît tout à la fois contradictoire et non justifié d'écarter pour le seul motif que l'on est en présence d'une mission de service public prestée par un organisme public. Seules des limites fondées elles-mêmes sur l'intérêt général et les exigences propres au service public devraient, selon nous, pouvoir le cas échéant légitimer une possible (et limitée) dérogation aux législations protectrices des consommateurs. Le droit de la consommation constitue, en effet, une exigence à laquelle devraient, par principe, être soumis tous les opérateurs, qu'ils soient privés ou publics.

B. Les conséquences d'une soumission à la L.P.C.C.

47. – *Les principes posés par la L.P.C.C.* – À ce jour, la soumission à la L.P.C.C. rend, notamment, le prestataire-vendeur débiteur d'obligations envers le consommateur. La loi prévoit à cet égard les principales obligations suivantes :

- une obligation générale d'information portant sur l'indication des prix (articles 2 à 6)³²¹, la qualité et la quantité du produit ou du service (articles 7 et s.) et, de façon plus large, l'obligation, «au plus tard au moment de la conclusion de la vente», d'«apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible» (article 30³²²³²³;

³²¹Pour une application récente en matière de téléphonie (Belgacom), voy. J.P. Beuraing, 26 janvier 2010, R.G. n° 09/A/50 (décision devenue définitive), à paraître dans la présente revue avec une note de J. LAFFINEUR, «Le juge, le consommateur et la note de téléphone».

³²²Le principe est également prévu par l'article 4 de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur qui, sous un chapitre intitulé «Information du marché», pose le principe d'une «obligation générale d'information du consommateur» au contenu identique que celui actuellement prescrit par l'article 30. Les dispositions qui suivent portent alors sur les obligations plus particulières imposées (indication des prix et quantités, dénomination et étiquetage, etc.). Voy. aussi, en ce qui concerne les services, les informations complémentaires imposées par la loi du 26 mars 2010 sur les services.

³²³À cette obligation spécifique de la L.P.C.C., il conviendra, le cas échéant, d'ajouter les obligations d'information prévues par d'autres lois, comme les informations qui sont requises par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (*M.B.*, 18 mars 1993), qui doivent être fournies par tout prestataire de services, lorsqu'il se révèle également

On notera, par ailleurs, utilement que la loi du 26 mars 2010 sur les services³²⁴ allonge la liste des informations devant être communiquées aux «destinataires» lorsqu'on est en présence d'un «service»³²⁵. En son article 18, la loi impose, en effet, notamment, au prestataire de service de communiquer non seulement les informations juridiques qui le concernent et les informations relatives à la prestation elle-même et à son prix, mais aussi, et surtout, «les conditions générales et les clauses générales dans le cas où le prestataire en utilise» (9°), «l'existence, dans le cas où le prestataire en utilise, de clauses contractuelles concernant la législation applicable au contrat et/ou la juridiction compétente» (10°), ainsi que «l'existence de toute garantie contractuelle après-vente éventuelle non imposée par la loi» (11°)³²⁶. Le destinataire peut, par ailleurs, solliciter la communication d'informations additionnelles qui ne sont *a priori* pas légalement à la charge du prestataire (article 20)³²⁷. S'y ajoute, encore, une obligation de communication des coordonnées de la personne ou du service habilité à donner suite aux réclamations relatives à la prestation effectuée (article 25).

La loi prévoit, enfin, que la charge de la preuve du respect de l'obligation d'information incombe au prestataire (article 28).

- une obligation de délivrer un document justificatif au consommateur qui le demande (articles 37 et 38) ou un bon de commande lorsque la livraison du produit ou la fourniture du service est différée et qu'un acompte est payé par le consommateur (article 39);
- une obligation d'indication expresse de la reconduction tacite du contrat conclu pour une durée déterminée (ainsi que les modalités de ladite reconduction);
- une obligation de rédaction «claire et compréhensible» des conditions générales, renforcée par le principe (dérogatoire) d'une interprétation des clauses douteuses qui privilégie le sens favorable aux intérêts du consommateur (article 31, §4³²⁸);
- une interdiction d'insérer des clauses ou conditions abusives dans les documents opposés au consommateur (articles 31 à 34);

«responsable du traitement», au sens de l'article 1^{er}, §4, ou les obligations imposées par l'article 78 du Code des sociétés s'agissant de certaines sociétés commerciales.

³²⁴ M.B., 30 avril 2010.

³²⁵ Voy. cependant le champ des exclusions prévues à l'article 3 et qui concerne les services d'intérêt général non économique, les services sociaux d'intérêt général (S.S.I.G.) (économique ou non économique) et certaines prestations en matière de télécommunication et de transport.

³²⁶ Les modalités de la communication de telles informations sont précisées à l'article 19.

³²⁷ C'est le cas du prix ou des modalités de son calcul ainsi que des éventuels codes de bonne conduite auxquels est soumis le prestataire.

³²⁸ Voy. aussi ce qui a été dit *supra* de l'interprétation, n° 41.

Le champ d'application de cette protection particulière est tout à la fois plus réduit (en ce qui concerne la personne protégée³²⁹) et plus large (en ce qui concerne la personne du prestataire³³⁰ et l'objet de la prestation³³¹) que ce que prévoit l'article 1^{er} de la loi.

La question de l'applicabilité du régime relatif aux clauses abusives aux prestataires de services publics – en ce compris les personnes morales de droit public – n'est guère discutée en droit belge³³². Outre que les travaux préparatoires l'ont expressément admis³³³, le texte même de la directive dont la L.P.C.C. a, en l'espèce, assuré la transposition le confirme³³⁴.

Dans son arrêt du 26 octobre 2005, la Cour constitutionnelle a, par ailleurs, admis la constitutionnalité de la seule interprétation de la loi qui intègre les entreprises publiques autonomes dans le champ d'application de ces dispositions³³⁵.

De leur côté, les juridictions judiciaires³³⁶ ont, à plusieurs reprises, eu l'occasion de statuer sur la présence de tels abus dans les conditions du service public. On isolera

³²⁹ Conformément à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 22 novembre 2001 (affaire C-541/99 et C-542/99, *R.E.D.C.*, 2001/4, p. 341), ces dispositions s'appliquent en effet exclusivement aux relations avec un consommateur-personne physique. Les personnes morales ne sont donc pas protégées par ce régime.

³³⁰ Est, en effet, un «vendeur» au sens des articles 31 et suivants, non seulement celui qui peut être qualifié de tel au sens de l'article 1^{er}, 6^o, précité (voy. *supra* n° 43), mais également, et plus largement, «toutes les personnes, physiques ou morales, qui, dans leurs rapports avec les consommateurs, agissent dans le cadre de leur activité professionnelle» (article 31, § 1^{er}, 2^o). Il n'est donc plus requis que ce «professionnel» vende ou offre en vente des produits ou des services.

³³¹ La notion de produit reçoit également un contenu élargi puisque sont visés «non seulement les biens meubles corporels, mais aussi les biens immeubles, les droits et les obligations».

³³² Il n'en va, par exemple, pas de même en France. Voy. à ce sujet A.-M. DE MATOS, «La législation française sur les clauses abusives est-elle applicable à un contrat entre une personne publique et une société commerciale?», *R.E.D.C.*, 2002/1, pp. 61-69.

³³³ *Doc. parl.*, Chambre, 1997-1998, n° 1565/1, p. 4 (le législateur précisait que l'utilisation, à l'article 31, § 1^{er}, du terme «condition» à côté de celui de «clause», s'explique par la volonté de «viser non seulement les clauses à caractère contractuel *sensu stricto*, mais également les conditions de fourniture à caractère réglementaire qui sont utilisées par les vendeurs qui font partie de la catégorie des services publics(...»); *Doc. parl.*, Chambre, 1997-1998, n° 1565/1, p. 5 («afin de mettre un terme aux controverses sur ce point, le projet étend, pour l'application de la présente section, la définition de vendeur, afin de viser de la façon la plus large possible toute personne physique ou morale qui, dans des contrats conclus avec les consommateurs, agit dans le cadre de son activité professionnelle»); *Doc. parl.*, Sénat, 1986-1987, n° 464/2, p. 9 (qui souligne la volonté du législateur d'étendre «considérablement le champ d'application de la loi, dans une perception plus réaliste des rapports concurrentiels. Sont ainsi également visés les organismes publics et les associations sans but lucratif»).

³³⁴ L'article 2 c) de la directive définit, en effet, le professionnel comme «toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée» (c'est nous qui soulignons).

³³⁵ C. const., 26 octobre 2005, arrêt n° 159/2005, R.G. n° 3246, *M.B.*, 11 janvier 2006, p. 2068. Voy. aussi ce qui a été dit à propos de cet arrêt *supra* n° 43.

³³⁶ Voy. notamment J.P. Grâce-Hollogne, 5 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 112; J.P. Grâce-Hollogne, 31 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1654; Liège, 15 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1621; J.P. Soignies, 5 janvier 2000, *J.T.*,

ainsi, notamment, la récente décision rendue par le tribunal de police de Verviers le 13 octobre 2009³³⁷, dont il fut fait écho dans la presse, et qui, prenant appui sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle précité, confirmait l'application des articles 31 et 32 de la P.C.C. à la S.N.C.B., en ce compris dans le cadre de sa mission de service public³³⁸. Et de décider qu'en l'absence de réciprocité, la clause qui permet à la S.N.C.B., «lorsqu'elle n'exécute pas ses propres obligations contractuelles envers ses clients, de priver ceux-ci du remboursement de quelques frais administratifs que ce soit, tandis qu'elle s'estime en droit d'infliger, par application d'une clause pénale, le remboursement de frais forfaitaires, à hauteur de 200 EUR par transport sans titre de transport valable, constitue une clause [pénale] abusive»³³⁹.

Enfin, la commission des clauses abusives a rendu plusieurs avis et recommandations portant sur la conformité des conditions générales et règlements établis dans le cadre de prestations de service public (S.N.C.B.³⁴⁰, Belgacom³⁴¹, opérateurs de téléphonie mobile³⁴² et fixe³⁴³, Electrabel³⁴⁴, opérateurs de télédistribution³⁴⁵).

En ce qui concerne le régime applicable, rappelons qu'il repose sur un double mécanisme/contrôle, combinant une règle générale et résiduaire³⁴⁶ et une «liste noire» de

2000, 1005; J.P. Ménin, 31 mars 1999, *J.J.P.*, 2002, pp. 475 et s. (clauses réglementaires – distribution d'eau). Voy. aussi J.P. Grâce-Hollogne, 6 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 799-802 (bail de logement social); J.P. Soignies, 5 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 1005 et s. et J.P. Grâce-Hollogne, 1^{er} octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 900 (S.W.D.E.).

³³⁷ *J.L.M.B.*, 2010, pp. 237-239. Cet arrêt est définitif et n'a pas été frappé d'un appel, comme le mentionne la revue.

³³⁸ Le tribunal relève également que «la loi sur les pratiques du commerce relevant de l'ordre public économique, il appartient au juge d'en soulever d'office l'application non seulement en cas de défaut du débiteur mais également en sa présence, même sans contestation de celui-ci».

³³⁹ Et ce par application de l'article 32, 15^o, de la L.P.C.C.

³⁴⁰ Dans son avis n° 7 du 6 juin 2000, elle estimait ainsi, notamment, que la S.N.C.B. en tant que telle entre bien dans la notion de «vendeur» telle que définie à l'article 1^{er}, 6, b), et à l'article 31, § 2, 2^o, de la L.P.C.C. En l'espèce, la Commission avait, plus particulièrement, à donner un avis concernant les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité (article 59, § 1^{er}, des conditions de la S.N.C.B.) et leur compatibilité avec les articles 32.11 et 32.27. Et de conclure à la contrariété des clauses réglementaires avec les dispositions précitées. Elle analyse également l'article 23, § 1^{er}, précisant les conditions tarifaires avantageuses, également déclarées contraires aux dispositions citées. Elle déclare, par contre, que les articles 23, § 5, et 23, § 6, des conditions ne sont pas contraires à l'article 32.10 de la L.P.C.C.

³⁴¹ La Commission rappellera alors également cette soumission de principe à la loi dans un avis portant sur les conditions générales de fourniture d'électricité rendu le 17 décembre 2004 (voy. l'avis C.C.A. n° 16, spécialement pp. 3 et 4).

³⁴² Avis n° 9 du 11 juin 2002.

³⁴³ Avis n° 19 du 29 mars 2006 concernant les opérateurs ayant obtenu une autorisation en matière de téléphonie vocale fixe auprès de l'I.B.P.T. et qui sont en lien avec des consommateurs.

³⁴⁴ Avis n° 16 du 17 décembre 2004 portant plus particulièrement sur le mécanisme de la double facturation.

³⁴⁵ Avis n° 24 du 25 juin 2008.

³⁴⁶ Sur la notion de déséquilibre manifeste et le contrôle exercé par la Cour de cassation, voy. spécialement Cass., 12 octobre 2007, R.G. n° C.05.0520.F.

clauses déclarées abusives «en soi»³⁴⁷. Les clauses abusives sont interdites et nulles (article 33)³⁴⁸.

Le juge peut soulever d'office le grief de nullité des clauses ou conditions qui lui sont soumises dans le cadre des litiges dont il est saisi³⁴⁹.

Le législateur a, enfin, prévu la possibilité de saisir le président du tribunal de commerce en vue de faire ordonner, dans le cadre d'une procédure «comme en référé», la cessation de l'utilisation de clauses ou conditions abusives (article 95, alinéa 1^{er})³⁵⁰.

- une interdiction de principe des lettres de change en garantie des engagements contractuels souscrits par le consommateur (article 39*bis*, *sic*);
- une limitation dans les possibilités de facturation des appels téléphoniques adressés aux consommateurs dans le cadre de l'exécution du contrat (article 39*ter*);
- une réglementation de certaines pratiques du commerce [ventes promotionnelles (vente à perte, en liquidation et en solde) (articles 40 à 53); offres conjointes ou jumelées (articles 54 à 62); bons de valeur (articles 63 à 69); ventes publiques (articles 69 à 75);

³⁴⁷Les problématiques visées sont larges : la formation des contrats et l'entrée des clauses dans le champ contractuel (32.1, 32.23 et 32.24), les prérogatives unilatérales accordées au vendeur (32.2, 32.3, 32.4, 32.5, 32.9), ses obligations en matière de défaut de conformité (32.5) et de garantie des vices cachés (32.7, 32.12 et 32.13), les éventuelles limitations des recours ouverts au consommateur et de leurs conséquences au regard du droit commun (32.6, 32.7, 32.8, 32.9, 32.10, 32.14, 32.19, 32.20, 32.25, 32.27), les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité (32.11, 32.12, 32.22*bis* et 32.26), les clauses pénales (32.15 et 32.21), les clauses de dédit (32.24), les clauses relatives à la durée du contrat et à ses modes de terminaison (32.16 et 32.17), les clauses relatives aux modes de preuve ouverts au consommateur (32.18), celles relatives à la cession du contrat (32.28). À ceci s'ajoute une disposition (32.22) qui a assuré la protection des consommateurs au moment du passage à l'euro, ainsi que deux dispositions visant les conséquences du refus du consommateur de payer par domiciliation bancaire (32.29) ou de recevoir des factures par courrier électronique (32.30).

³⁴⁸Il appartient au juge de prononcer cette nullité. La nullité ne frappe, en principe, que la clause ou condition litigieuse (article 33, § 1^{er}, alinéa 2). Il n'en sera autrement que si le contrat ne peut subsister sans ladite clause, c'est-à-dire lorsque celle-ci était déterminante du consentement.

³⁴⁹C.J.C.E., 27 juin 2000, arrêt *Oceano Grupo Editorial s.a. et a. c. Murciano Quintero et a.*, C-240/98 à C-244/98, *Rec.*, 2000, p. I-4941; C.J.C.E., 21 novembre 2002, arrêt *Cofidis*, C-473/00, *Rec.*, 2002 p. I-10875; C.J.C.E., 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08 (abonnement de téléphonie mobile – qui décidait notamment que «le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose»). Dans le même sens, en matière de contrats conclus hors de l'entreprise du vendeur, voy. C.J.C.E., 17 décembre 2009, arrêt C-277/08 («L'article 4 de la directive 85/577/CEE du Conseil (...) ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction nationale déclare d'office la nullité d'un contrat relevant du champ d'application de cette directive au motif que le consommateur n'a pas été informé de son droit de résiliation, alors même que cette nullité n'a à aucun moment été invoquée par le consommateur devant les juridictions nationales compétentes»).

³⁵⁰L'action en cessation est traitée sous le chapitre VIII de la loi (articles 95 à 100).

achats forcés (article 76); ventes à distance (articles 77 à 83^{undecies})³⁵¹; ventes en chaîne (article 84); ventes conclues en dehors de l'entreprise du vendeur³⁵² (articles 86 à 92)];

- une interdiction des pratiques commerciales déloyales, dont le régime constitue la transposition de la directive européenne n° 2005/29/CE (articles 94.4 à 94.17 nouveaux)³⁵³;
- la possibilité de conclure, au sein du Conseil de la consommation, des «accords de consommation» entre les organisations représentatives des consommateurs et des milieux professionnels concernés (articles 94^{quinquies} à 94^{decies})³⁵⁴.

Les articles 95 et suivants de la L.P.C.C. organisent, enfin, une procédure particulière qui s'ancre davantage dans un souci de protection des intérêts collectifs des consommateurs : l'action en cessation³⁵⁵.

48. – *Perspectives futures : la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur et la loi du 26 mars 2010 sur les services.* – On notera utilement que la loi du 6 avril 2010³⁵⁶ consacre, quant à elle, un chapitre spécifique – le chapitre 3 – aux «contrats conclus avec les consommateurs», lequel «regroupe un certain nombre d'obligations qui s'appliquent en ce qui concerne l'établissement, l'interprétation et l'exécution de contrats entre entreprises et consommateurs»³⁵⁷. Il s'agit alors, pour l'essentiel, de reprendre les protections actuellement prévues par la L.P.C.C., tout en les présentant selon une structure suivie plus cohérente.

³⁵¹ Sur l'application de ces règles en matière de téléphonie et d'énergie, voy. spécialement C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, pp. 162 et s., n°s 38 et s. Voy. aussi R. STEENNOT, «De rechtmatigheid van schadebedingen en de overeenkomst op afstand», note sous J.P. Fontaine-L'Evêque, 12 octobre 2005, *J.J.P.*, 2007, pp. 378-392 (la décision portait plus particulièrement sur la compatibilité des conditions générales de Tél2 à la L.P.C.C.).

³⁵² Pour une application s'agissant de La Poste, voy. Comm. Anvers, réf., 20 juillet 1995, précité.

³⁵³ Sur l'application de ces dispositions aux prestations de téléphonie et à la fourniture d'énergie, voy. C. MARR, *op. cit.*, C.U.P., Anthemis, 2009, pp. 155, n° 29 et s., ainsi que les références citées.

³⁵⁴ Voy. également, à ce sujet, l'avis 350 du Conseil de la consommation du 19 janvier 2006.

³⁵⁵ Cette procédure est applicable également s'agissant des actes posés dans le cadre de prestations de service public. Voy. à ce propos notamment D. DE ROY, *op. cit.*, *J.T.*, 2009, p. 575, note infrapaginale 12 qui cite une décision inédite : Comm. Bruxelles, 23 mars 2009, A.C. 9.266/2008.

On notera utilement que la procédure relative à l'action en cessation a été «détachée» de la L.P.C.C. et intégrée dans une nouvelle loi du 6 avril 2010 concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

³⁵⁶ *M.B.*, 12 avril 2010.

³⁵⁷ Projet de loi du 28 décembre 2009, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2009-2010, Doc. 2340/01, p. 59.

En terme de contenu, les principales protections que nous venons de citer resteront d'application dans leur principe. Certaines de leurs modalités seront, cependant, précisées³⁵⁸ ou modifiées³⁵⁹. Des protections additionnelles viendront s'y ajouter³⁶⁰ et la terminologie sera, dans certains cas, changée³⁶¹.

En ce qui concerne les prestations de services, la loi du 26 mars 2010 sur les services³⁶² prévoit des exigences additionnelles en termes d'égalité et de non-discrimination dans l'accès aux services (article 24) et tend à favoriser un règlement rapide des différends (articles 25 et 26).

C. Les éventuelles protections additionnelles

49. – Dans certains cas, la protection du consommateur va au-delà de ce que prescrit la L.P.C.C. C'est spécialement le cas, à nouveau, en matière d'énergie.

On doit, à ce propos, sans doute citer l'accord qui est intervenu le 16 septembre 2004 entre les fournisseurs de gaz et d'électricité et le ministre³⁶³ et qui a pour objet de fixer

³⁵⁸ Voy., par exemple, l'article 40, §2 en ce qui concerne les critères à prendre en compte pour interpréter les documents utilisés dans les relations avec les consommateurs. Dans le même ordre d'idées, la liste noire des 33 clauses déclarées abusives est légèrement adaptée ou précisée (article 74) et le législateur précise expressément que le consommateur ne peut renoncer à la protection légale (article 75).

³⁵⁹ Ainsi, par exemple, en matière de ventes à distance autres que portant sur un service financier, le délai minimum de réflexion dont dispose le consommateur serait porté de 7 à 14 jours (article 46). Selon l'exposé des motifs, « Cette prolongation a été décidée en anticipant la transposition de la proposition de directive européenne relative aux droits des consommateurs » (exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, Doc. 2340/1, p. 61).

³⁶⁰ Voy. par exemple la reconnaissance expresse d'une faculté de résolution unilatérale au profit du consommateur en cas de non-exécution ou de retard dans l'exécution de la prestation attendue de l'entreprise. C'est ici une protection nouvelle, dérogeant à l'interprétation classiquement réservée à l'article 1184 du Code civil, quoique rencontrant la récente jurisprudence de la Cour de cassation dans son arrêt du 16 février 2009 (où elle décidait que « la règle de l'article 1184, alinéa 3 du Code civil (...) ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un tel contrat décide de sa propre initiative et à ses propres risques de ne pas exécuter ses obligations et notifie à son cocontractant qu'elle considère que le contrat a pris fin (...) La licéité de la décision unilatérale par laquelle une partie à un contrat synallagmatique décide de sa propre initiative et à ses propres risques de ne pas exécuter ses obligations et notifie à son cocontractant que le contrat a pris fin est soumise à l'appréciation du juge appelé ultérieurement à statuer sur la résolution et les droits dont les deux parties peuvent se prévaloir, ce juge est tenu d'examiner si, eu égard au manquement d'un des cocontractants, l'autre contractant a commis une faute en décidant unilatéralement qu'il a été mis fin au contrat » (Cass., 16 février 2009, R.G. n° C.08.0043.N). Voy. au propos de cette sanction dans le cadre de la protection du consommateur les développements repris dans l'Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, Doc. 2340/1, p. 61.

On peut aussi citer le principe selon lequel, dans le cadre des ventes à distance, la charge de la preuve du respect des obligations imposées à l'entreprise repose exclusivement sur cette dernière et ne peut être conventionnellement transférée sur les épaules du consommateur (article 56).

³⁶¹ Par exemple, on parlera désormais de vente « en dehors des locaux de l'entreprise » (articles 58 et s.).

³⁶² *M.B.*, 30 avril 2010.

³⁶³ Cet accord est entré en vigueur le 1^{er} juillet ou le 1^{er} septembre 2006 selon le cas.

les «usages honnêtes» visés par la L.P.C.C. À cette fin, l'accord renferme un certain nombre d'engagements précis en matière de pratiques commerciales et de préservation des intérêts des consommateurs. S'y joint, par ailleurs, un *code de bonnes pratiques*.

Cet accord, qui a depuis fait l'objet d'amendements³⁶⁴, accentue la protection des consommateurs en ce qui concerne l'information à laquelle ils ont droit³⁶⁵, la transparence des prix³⁶⁶, les conséquences d'une domiciliation des factures³⁶⁷, les techniques de marketing et de vente³⁶⁸, le changement de fournisseur³⁶⁹, le contenu du contrat et le traitement des plaintes³⁷⁰.

S'agissant plus particulièrement des conditions générales applicables aux consommateurs, les fournisseurs s'engageaient à préserver un «équilibre contractuel»³⁷¹ et, parmi les moyens devant rencontrer cette exigence, précisaient les principes à respecter dans l'élaboration desdites conditions, notamment en ce qui concerne les limitations et exonérations de responsabilité³⁷² et les modifications unilatérales du contrat³⁷³.

³⁶⁴La version la plus récente date du 11 juin 2008. Le texte ayant fait l'objet d'une coordination officielle est disponible sur le site du ministère des Affaires économiques : http://mineco.fgov.be/energy/electricity/accord_electricity_fr.pdf. Le premier accord prévoyait, en effet, une réévaluation dans un délai de six mois suivant son entrée en vigueur. Les derniers ajouts effectués entreront en vigueur le 15 décembre 2008.

³⁶⁵Voy. spécialement les points IVii (accès aux conditions générales) et V (Communication aux consommateurs) de l'accord, p. 9. Le premier point vise plus spécifiquement l'accès aux conditions générales via le site internet des fournisseurs et le second les informations devant figurer sur les factures.

³⁶⁶Notamment via une information disponible à partir de leurs sites internet (voy. l'article 1^{er}).

³⁶⁷Voy. spécialement le point VI de l'accord, p. 10.

³⁶⁸Voy. le point II de l'accord, p. 2. Ainsi, par exemple, l'accord prévoit que lorsque le contrat est conclu hors de l'entreprise du fournisseur, le consommateur dispose d'un droit de renonciation de «14 jours ouvrables suivant la réception de la confirmation du fournisseur ou à compter de la réception de la copie demandée par le consommateur du contrat signé par lui», ce qui constitue un surcroît de protection par rapport à ce que prévoit la L.P.C.C. Cette obligation est, par ailleurs, assortie de sanctions spécifiques (voy. l'article 3).

³⁶⁹Voy. spécialement le point III de l'accord, p. 4.

³⁷⁰Voy. le point VII de l'accord, p. 10. On tend ici à favoriser les règlements amiables.

³⁷¹Voy. spécialement le point IV de l'accord, p. 7, d'ailleurs intitulé «des conditions générales équilibrées et équitables».

³⁷²Il est stipulé à ce propos que «les fournisseurs s'engagent, en ce qui concerne leurs conditions générales / particulières avec le consommateur, à respecter ce qui suit : (...) Ne pas reprendre des clauses qui limitent excessivement la responsabilité pour leurs propres engagements vis-à-vis du consommateur sauf en cas de force majeure».

³⁷³L'accord prévoit, à cet égard, que «la modification unilatérale de conditions essentielles ou les modifications de prix d'énergie ou de gaz sur la base d'éléments qui dépendent uniquement de la volonté du fournisseur, sont interdites».

Conclusion générale

50. – Il n'est guère aisé de tracer le cadre légal et réglementaire de la protection des consommateurs du service public. En l'absence d'une volonté législative de cohérence et de systématisation, un tel exercice impose, en effet, au juriste de combiner une multitude de normes, souvent propres à un domaine d'activité et dont les sources sont tout autant innombrables que variées (européennes, fédérales, régionales, etc.).

Au-delà de la difficulté de l'exercice, un tel constat conforte probablement la légitimité de la question de savoir si le législateur belge ne devrait pas, à l'instar d'autres législateurs étrangers, couler les protections, générales et particulières, des consommateurs dans un code de la consommation. À l'heure où il œuvrait à la refonte du droit des pratiques du commerce, un même mouvement aurait, à notre sens, dû le guider dans cette voie.

51. – La présente étude a tenté de montrer qu'une comparaison générale des protections accordées par les droits privé et public invite à constater, selon la question posée, soit un assouplissement³⁷⁴ soit une aggravation³⁷⁵ des règles dites du droit commun des obligations contractuelles, quoique, dans ce second cas, le législateur intervient souvent pour en atténuer les effets, en faveur de l'utilisateur consommateur.

Une telle oscillation manifeste probablement un souci constant de concilier de manière équilibrée intérêt général et intérêts particuliers, expliquant que, selon la problématique envisagée, l'un ou les autres puisse(nt), voire doive(nt), prévaloir.

52. – Par ailleurs, et sans négliger l'importance du rôle que jouent les lois du service public, sans doute doit-on admettre l'existence d'un mouvement réel de «privatisation» du service public – ou «civilisation» selon l'expression de P. Martens³⁷⁶ –, lequel se réalise par l'«importation» grandissante des mécanismes et protections propres au marché dans des domaines jusque-là largement préservés.

Deux facteurs paraissent principalement l'expliquer. Ce mouvement est, tout d'abord, une conséquence logique des initiatives européennes prises dans le cadre de la libéralisation, lesquelles invitent désormais à comprendre le service public davantage comme une exception à la libre concurrence que comme une fin en soi. On ne peut, ensuite, sous-

³⁷⁴ On songe ici à la reconnaissance d'un droit d'accès aux produits et services, à la précision d'une information précontractuelle et en cours d'exécution, à l'appréciation plus rigoureuse du comportement adopté par le prestataire, aux protections plus grandes reçues en cas d'inexécution de l'obligation de payer le prix, au régime parfois plus contraignant de la validité des clauses contractuelles, etc.

³⁷⁵ On songe alors à la question de l'opposabilité de plein droit des conditions générales réglementaires, à la reconnaissance de prérogatives unilatérales plus étendues dans le chef du prestataire ou aux délais de prescription abrégés qui sont prévus en faveur du prestataire.

³⁷⁶ P. MARTENS, «Que reste-t-il du droit administratif?», A.P.T., 2006, p. 2.

estimer l'évolution des mentalités vers une accentuation constante des attentes (individuelles et collectives) en termes de sécurité, de qualité, d'efficacité économique, de transparence et de contrôle.

La convergence de ces facteurs œuvre à donner au service public un visage nouveau. Initialement confiée à l'État ou aux entités publiques qu'il désignait et auxquelles il conférait, en contrepartie, des prérogatives « extraordinaires », la prestation de service public paraît peu à peu quitter le giron du droit public, avec toutes les transformations qu'une telle transition draine nécessairement, en pratique, mais aussi d'un point de vue idéologique. L'implication étatique régresse au profit de l'intervention d'opérateurs privés et les « lois du service public » entrent elles-mêmes davantage en concurrence avec les « lois du marché ». Pour autant, le service public n'est pas mort. D'aucuns en ont même appelé à son extension, par exemple à travers la création d'un « *service public bancaire* » comme cela a été proposé récemment en France³⁷⁷, initiative qui rejoint l'idée qui a présidé, en Belgique, à l'instauration d'un « *service bancaire de base* »³⁷⁸. Le secteur privé serait-il, lui aussi, susceptible d'une certaine « publicisation » ? Là est sans doute une tout autre question...

³⁷⁷ Proposition de loi portant réforme des banques et relative à la création d'un service public bancaire et financier ainsi que d'un pôle public financier, afin de favoriser le développement humain, enregistré par l'Assemblée nationale française le 15 septembre 2009, document n° 1920. Comp. avec Bruxelles, 6 février 2007, *R.D.C.*, 2009, p. 26, avec une note de R. HARDY (qui décide que les banques ne sont pas chargées d'un service public – ce que confirme également Bruxelles, 6 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 703, note J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX – ce qui préserve entière la liberté du banquier de refuser l'octroi d'un crédit).

³⁷⁸ Voy. à ce propos la loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base, *M.B.*, 15 mai 2003.