

**TROISIÈME PARTIE**

**LA LIBÉRALISATION DES RÉSEAUX  
EMBLÈME DE L'ÉTAT RÉGULATEUR**

**1991 – 2010**



## TITRE I – L’INTERVENTION DE L’ETAT

Le rôle des pouvoirs publics au cours des vingt dernières années s’est encore diversifié. L’Etat est devenu régulateur, « *soucieux de concilier les exigences de la démocratie, des droits de l’homme et du libéralisme économique* », et essayant de tenir compte « *des limites, sinon de l’échec de l’Etat providence* »<sup>1</sup>. Les formes de son intervention ont également profondément évolué, plus seulement tournées vers la prestation de service, mais également la définition de programmes d’action encadrés par le droit, droit qui est lui-même de plus en plus négocié avec les acteurs économiques et sociaux. L’Etat agit parfois même dans le seul objectif d’orienter les comportements, sans plus recourir à la contrainte, mais plutôt à la persuasion, à l’information, à l’incitation (fiscale, par exemple)<sup>2</sup>.

L’Etat a également vu se réduire le champ de sa souveraineté, concurrencée par les mécanismes de coopération internationale qui disposent de pouvoirs de plus en plus contraignants. L’Union européenne constitue à cet égard l’expérience la plus avancée de partage de souveraineté dans le monde. En Belgique, en particulier, les pouvoirs de l’Etat sont aussi concurrencés « par le bas », suite au phénomène de « *désétatisation* » de l’Etat belge, pour reprendre l’expression du constitutionnaliste Hugues Dumont<sup>3</sup>. Le fédéralisme centrifuge se développe à coup de réformes institutionnelles successives en 1993 et en 2001, la suivante, annoncée aujourd’hui comme la plus importante de toutes, étant en gestation depuis 2007 et ayant empêché la formation d’un gouvernement depuis les élections de juin 2010 jusqu’à ce jour. Les entités fédérées – les communautés et les régions – bénéficient d’une autonomie croissante. Dans les secteurs étudiés, après le transfert aux entités fédérées de la radiodiffusion, des transports en commun urbains et de la politique de l’eau, ce sont les télécommunications et les chemins de fer qui font aujourd’hui l’objet de revendications communautaires. Seule la poste semble encore rester en dehors des débats, mais pour combien de temps ?

En vingt ans, les évolutions technologiques ont été nombreuses dans certains secteurs. Les trains à grande vitesse sont en plein essor ; tandis que dans les télécommunications, les progrès sont fulgurants, pas tant grâce à de nouvelles inventions, mais bien suite à des performances hautement améliorées, tous les trois à cinq ans, de technologies déjà connues. La téléphonie mobile et Internet, réservés à une audience spécialisée ou aisée en 1990, connaissent un taux de pénétration étonnant en 2010 : bien au-delà de 100% des habitants pour le téléphone mobile (donc plus d’un GSM par personne en Belgique), et un peu au-delà des 40% pour les connexions Internet à haut débit, à comparer avec la télédistribution par câble, à laquelle environ 80% des habitations sont raccordées. Les communications électroniques ont d’ailleurs un impact direct sur la baisse régulière du trafic postal ou des lignes téléphoniques fixes. L’évolution des techniques postales ou hydrauliques est nettement moins spectaculaire, les politiques menées visant surtout à garantir le maintien d’un service accessible, qualifié d’*universel*, pour l’ensemble des habitations.

---

<sup>1</sup> Si bien caractérisé par X. DELGRANGE, L. DETROUX, H. DUMONT (1999), « La régulation en droit public », pp. 40-45 . Voy. également J. CHEVALLIER (2004), *L’Etat post-moderne* ; Ch. GENOUD (2004), « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? » ; G. VANTHEMSCHE (1997), *Les paradoxes de l’Etat*, pp. 66-71.

<sup>2</sup> Cette évolution est magistralement théorisée par C.A. MORAND (1999), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*.

<sup>3</sup> H. DUMONT (1997), « La notion de souveraineté aujourd’hui : de l’absolu au relatif ».

La dimension politique de l'intervention de l'Etat dans les industries de réseaux se réduit progressivement, même si elle reste bien présente. La conjonction des phénomènes de *libéralisation* (soit l'ouverture plus ou moins grande du marché à la concurrence, dans trois des quatre secteurs étudiés), de *privatisation* totale ou partielle (soit le transfert d'activités ou d'entreprises, ou de parts sociales de ces dernières, au secteur privé, qui concerne notamment La Poste, Belgacom, Telenet, et quelques réseaux de distribution d'eau) et de *régulation* (soit la création d'autorités administratives indépendantes dotées de la plupart des moyens d'action de l'Etat régulateur, dans les quatre secteurs étudiés) affaiblit le champ d'influence politique ; les trois phénomènes se déroulent d'ailleurs, à quelques exceptions près, dans un relatif consensus politique, au prétexte de respecter les obligations imposées par l'Union européenne. Le droit du service public y trouve là matière à de nouvelles évolutions, en particulier liées à l'irruption de la notion de service universel.

Ce « prétexte » européen justifie la primauté donnée à l'analyse du contexte international sur l'exposé de la réglementation belge dans les quatre secteurs. Par ailleurs, comme annoncé dans l'introduction, l'histoire de ces vingt dernières années est toujours en cours, et rend plus délicate la mise en contexte historique. Le premier titre de cette troisième partie est donc plus prudent et se borne à la description sommaire des évolutions juridiques, recherchant principalement à dégager quelques tendances au sein d'un arsenal législatif d'une profusion indescriptible. Toute analyse historique nous paraît en effet à tout le moins prématurée. Non par qu'elle eût été impossible, mais elle nous a paru un peu vaine et destinée à être révisée dès que les effets à plus long terme pourront légitimement être étudiés.

Le rôle de l'Etat a donc à nouveau été transformé, de même que les modes de gestion des industries de réseaux. L'Etat contribue désormais à la régulation de réseaux libéralisés, dont l'usage est en principe partagé par plusieurs opérateurs. Il n'a pas abdiqué pour autant ses fonctions de construction, d'exploitation ou d'intégration des réseaux, qu'il contrôle encore pour une large part grâce à des entreprises publiques redevenues particulièrement performantes. Les modes d'intervention de l'Etat se superposent plutôt qu'ils se succèdent.

## CHAPITRE 1<sup>er</sup>. DE « LA POSTE » À « BPOST »<sup>4</sup>

En 1990, le transport du courrier est encore réservé à la Régie des postes, qui bénéficie d'un des rares monopoles consacrés par la loi. Le trafic postal connaît une croissance assez faible durant les années 1980, et la Régie reste fortement dépendante des subsides de l'Etat. Elle vient cependant de redevenir le premier employeur du pays, devant la SNCB. La montée en puissance des communications par fax et de la transmission de données par voies électroniques conduit la Régie, à l'aube des années 1990, à remettre son avenir en question. Jamais sans doute depuis l'avènement des chemins de fer, l'administration postale ne va en effet subir autant de transformations que durant les vingt années qui viennent de s'écouler. Prétendre écrire cette histoire est à l'évidence encore prématuré, mais la profusion de textes juridiques est néanmoins étonnante, et mérite une première tentative de synthèse.

### **A. International : la marque de l'Europe sur la libéralisation et le service universel postal**

Avec une rapidité étonnante, l'histoire internationale des services postaux s'est transformée en quelques années à peine, notamment à cause de l'émergence fulgurante d'opérateurs privés, concurrençant de plus en plus directement les entreprises publiques chargées de la collecte et de la distribution du courrier, avec l'assentiment plus ou moins librement consenti des Etats.

L'*Union postale universelle* (UPU) s'est encore consolidée, continuant à régir les échanges internationaux de correspondance. Quatre congrès se sont déroulés à Séoul (1994), Pékin (1999), Bucarest (2004) et Genève (2008), et dont les principales décisions ont encore été relative aux tarifs internationaux, en particulier le calcul des « *frais terminaux* », c'est-à-dire les coûts de l'opérateur postal pour distribuer le courrier dans le pays de destination. Ceux-ci sont désormais différenciés en fonction de la qualité du service offert, ainsi que du niveau de développement économique du pays. L'Union promulgue également des règles relatives à divers services postaux électroniques, et s'engage davantage dans la coopération au développement. En 1999, la Convention postale universelle est complétée par un nouvel article définissant le service postal universel, à savoir la « *prestation permanente aux clients de services postaux de base de qualité, en tout point du territoire d'un pays, à des prix abordables* », et imposant aux Etats membres de l'UPU de garantir l'accomplissement et la pérennité de ce service. Depuis 2004, la Constitution de l'UPU dispose d'un

---

<sup>4</sup> Les principaux travaux utiles, issus des sciences politiques, économiques et juridiques, sont les suivants : G. D'ALCANTARA (2009), « EU Postal reform in Belgium » ; D. APPELMANS, F. PETILLION (2009), « Liberalisering postsector » ; A.L. DURVIAUX (2008), « Le marché intérieur des services postaux » ; P. BAUBY (2007), « L'eupéanisation du service public postal » ; M.A. CREW, P.R. KLEINDORFER (2006), *Progress toward Liberalization of the Postal and Delivery Sector* ; V.S. KARAYANNIS (2006), « Les services d'intérêt économique général dans le secteur postal : le cadre juridique européen » ; S. COOLSAET (2002), « De (Belgische) postsector: juridisch stand van zaken » ; D. GERADIN (2002), *The liberalization of postal services in the European Union* ; F. DEHOUSSE, C. MACZKOVICS (2002), « L'ouverture du marché postal: réglementation européenne et application en Belgique » ; F. ROMBOUTS (2002), *De postbode belde vroeger twee keer. Hoe overheidsbedrijven kunnen overleven* ; au titre de sources éditées, voy. les sites internet des principales institutions et les documents qu'ils publient : [www.upu.int](http://www.upu.int) ; [www.ipc.be](http://www.ipc.be) ; [http://ec.europa.eu/internal\\_market/post/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/post/index_fr.htm) ; [www.cept-cerp.org](http://www.cept-cerp.org) ; [www.posteurop.org](http://www.posteurop.org) ; [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be) ; [www.bpost.be](http://www.bpost.be).

préambule redéfinissant sa mission : « *En vue de développer les communications entre les peuples par un fonctionnement efficace des services postaux et de contribuer à atteindre les buts élevés de la collaboration internationale dans les domaines culturel, social et économique, (...) L'Union a pour vocation de stimuler le développement durable de services postaux universels de qualité, efficaces et accessibles, pour faciliter la communication entre habitants de la planète en: – garantissant la libre circulation des envois postaux sur un territoire postal unique composé de réseaux interconnectés; – encourageant l'adoption de normes communes équitables et l'utilisation de la technologie; – assurant la coopération et l'interaction entre les parties intéressées; – favorisant une coopération technique efficace; – veillant à la satisfaction des besoins évolutifs de la clientèle* »<sup>5</sup>. L'UPU reste cependant encore aujourd'hui une organisation strictement intergouvernementale ; aucun opérateur postal privé n'y a à ce jour été admis, fût-ce à titre d'observateur ou d'invité. L'ensemble de ces évolutions ne sont cependant plus issues de l'action dynamique de l'Union. Elles ont été pour la plupart suscitées par l'irruption de nouvelles politiques internationales et, en particulier, européennes, menées au sein d'autres institutions.

C'est principalement la nouvelle Union européenne, ainsi rebaptisée après la signature du Traité de Maastricht en 1992, qui en est à l'origine. Par une action convergente de la Commission européenne et de la Cour de justice des Communautés européennes, une politique engagée d'harmonisation et de libéralisation du secteur postal a été menée, dans la foulée et sur le modèle des réformes menées dans le secteur des télécommunications (voy. *infra*, chapitre 3). Les premières étapes sont franchies par la Commission en 1991, lors de la publication d'un *Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux*, qui propose déjà à la fois une plus grande ouverture à la concurrence mais aussi la garantie d'un service universel de qualité à un prix abordable<sup>6</sup>. Cette notion de service universel, importée du droit des télécommunications, va acquérir une dimension primordiale dans le droit des industries de réseaux. C'est ensuite la Cour de justice qui, dans un arrêt de principe de 1993 relatif à la Régie des postes belges (voy. *infra*), dissocie au sein des services postaux, ceux qui relèvent de la notion européenne de *service d'intérêt économique général* (SIEG) et ceux qui relèvent de « *certaines services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers des opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas* », qui doivent être ouverts à la concurrence<sup>7</sup>. L'arrêt marque d'ailleurs un tournant décisif dans l'approche européenne de la notion de SIEG, qui prend réellement

---

<sup>5</sup> UNION POSTALE UNIVERSELLE (2010), *Constitution. Règlement général. Règlements intérieurs. Statut juridique de l'UPU. Commentés par le Bureau international de l'UPU*, pp. XVII-XIX, A4 – disponible sur [www.upu.int](http://www.upu.int) ; art. 1 et 3 de la Convention postale universelle signée à Bucarest le 5 octobre 2004, et ratifiée par la loi du 8 mai 2007, *M.B.*, 17 septembre 2007 ; E. DAYAN (2006), « L'évolution des services postaux dans le cadre des services d'intérêt général : une perspective internationale ».

<sup>6</sup> *Livre vert sur le développement du marché unique des services postaux*, COM(91) 476 final, 11 juin 1991 – disponible en anglais sur <http://aei.pitt.edu> ; en particulier, p. 1 : « *In determining what action should be taken, the central guiding principle must be the maintenance and, if appropriate, the development of a universal postal service which would provide collection and delivery facilities throughout the Community, at prices affordable to all and with a satisfactory quality of service. Then, provided that the universal service is secured, there should be as much freedom of choice as possible* ».

<sup>7</sup> C.J.C.E., arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993, C-320/91 ; ainsi que son commentaire par F. VAN DER MENSBRUGGHE (1994), « C.E.E.: l'affaire Corbeau, ou la partie et les limites du monopole postal ».

son envol après cet arrêt<sup>8</sup>. L'équilibre entre la défense du service universel et la libéralisation du secteur caractérise donc la politique postale européenne, et s'inscrit dans une première directive adoptée en 1997. Celle-ci a surtout le mérite de définir précisément, et assez largement, le service universel postal, et d'autoriser les Etats membres à maintenir leur monopole en matière de levée, tri, transport et distribution des correspondances « *dans la mesure où cela est nécessaire au maintien du service universel* », pour les envois d'un poids inférieur à 350 grammes. Ces services dits « réservés » doivent permettre le financement du service universel. Autre nouveauté, l'obligation de créer une « *autorité réglementaire nationale* » juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante des opérateurs postaux, chargée de contrôler la bonne exécution de la directive mais aussi le respect de la concurrence entre les différents opérateurs postaux. Cette directive est revue en 2002, réduisant l'étendue des services qui peuvent être réservés aux envois d'un poids inférieur à 100 grammes jusque fin 2005 et à 50 grammes à partir de 2006. Une troisième révision est adoptée en 2008, qui entend libéraliser totalement le secteur postal ; la notion de services réservés disparaît du texte pour être remplacée par les modalités autorisées de financement du service universel, à savoir soit les recettes produites par le service, soit les fonds publics, soit un fonds de solidarité financés par l'ensemble des opérateurs postaux. La portée du service universel reste très large, mais elle n'autorise plus le monopole public<sup>9</sup>. Comme déjà signalé dans l'analyse de la notion de SIEG avant 1990 (voy. *supra*), la politique de libéralisation européenne ne profite pas qu'aux entrepreneurs privés. Dès avant l'ouverture du marché postal à la concurrence, les grandes entreprises publiques se sont réorganisées en profondeur, procédant notamment à des alliances stratégiques avec d'autres entreprises privées ou publiques, pour leur permettre de s'étendre à l'étranger<sup>10</sup>. L'exemple du rachat d'entreprises internationales, telle TNT par la poste néerlandaise en 1996, ou DHL par la Deutsche Post, finalisé en 2002, démontrent l'intérêt du secteur public pour la libéralisation européenne, même si, depuis, ces deux postes ont été entièrement privatisées.

Cette politique européenne engagée est allée de pair avec la volonté internationale de libéraliser le commerce de services, qui a reçu une nouvelle impulsion avec la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1995, et qui inclut les services de courrier et les services postaux<sup>11</sup>. La réflexion sur la libéralisation des services postaux existe également au sein de la Banque mondiale ou de l'OCDE, tandis que la définition du service universel s'est propagée jusque dans la Convention postale universelle, on l'a vu.

---

<sup>8</sup> Voy. notamment H. SCHWEITZER (2001), *Daseinsvorsorge, "service public", Universaldienst. Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und die Liberalisierung in des Sektoren Telekommunikation, Energie und Post*, pp. 115-139.

<sup>9</sup> Outre les travaux cités ci-avant, voy. les trois directives 97/67/CE du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, *J.O.*, 21 janvier 1998, L 15 ; 2002/39/CE du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, *J.O.*, 5 juillet 2002, L 176 ; et 2008/6/CE 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, *J.O.*, 27 février 2008, L 52 ; ainsi que C.J.C.E., arrêt *Deutsche Post AG* du 10 février 2000, C-147/97 et C-148/97 ; C.J.C.E., arrêt *Trapco SpA* du 17 mai 2001, C-340/99.

<sup>10</sup> F. DEHOUSSE, C. MACZKOVICS (2002), *op.cit.*, p. 17.

<sup>11</sup> Voy. la page [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/serv\\_f/postal\\_courrier\\_f/postal\\_courrier\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/postal_courrier_f/postal_courrier_f.htm) sur le site de l'OMC (consulté le 15 février 2011).

Sur le plan mondial et européen, les acteurs publics se sont donc diversifiés : les Etats ne représentent plus nécessairement les mêmes intérêts que les opérateurs postaux publics, la plupart étant d'ailleurs plus ou moins privatisés. Des autorités régulatrices sont également appelées à être indépendantes des opérateurs postaux et donc des Etats actionnaires de leurs entreprises publiques. L'organisation internationale s'en ressent. Les plus importantes entreprises publiques se regroupent en 1989 au sein de l'*International Post Corporation* (composée aujourd'hui de 24 membres issus des pays les plus industrialisés, dont la poste belge) ; et, au niveau européen, au sein de l'*Association des opérateurs postaux publics européens - PostEurop* en 1993, en tant qu'Union restreinte au sein de l'UPU. Les deux organisations ont leur siège à Bruxelles. Elles entendent ainsi parler d'une seule voix sur la scène européenne ou mondiale, pour défendre leurs intérêts, mais aussi favoriser la coopération logistique et technique et développer la recherche en matière postale. Les régulateurs investissent pour leur part la déjà vénérable CEPT, lui redonnant une nouvelle jeunesse en créant en son sein, en 1992, le *Comité européen de régulation postale (CERP)*<sup>12</sup>.

## **B. Public-privé : un équilibre difficile entre la pérennité du service universel et l'ouverture à la concurrence**

L'émergence des opérateurs privés, déjà signalée, se renforce dès le début des années 1990. En particulier, Paul Corbeau organise un service postal limité à la Ville de Liège et ses communes avoisinantes. Pour la première fois depuis longtemps, mais aussi pour la dernière fois, à notre connaissance, des poursuites ont été intentées pour atteinte au monopole postal. Le tribunal correctionnel souhaite cependant d'abord interroger la Cour de justice des Communautés européennes sur la compatibilité du monopole avec le droit européen. C'est le célèbre arrêt Corbeau, qui non seulement décrit la mission de la Régie, « *chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle* » ; mais en outre explique comment il faut apprécier la nécessité du monopole au regard des règles de concurrence européenne : « *il faut partir de la prémisse que l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables* »<sup>13</sup>. La Cour remet ainsi en exergue l'importance des subventions croisées pour justifier l'existence d'un monopole.

Devançant les projets européens, l'Etat belge entend cependant mettre sa Régie en mesure de répondre à la concurrence des opérateurs privés postaux et bancaires et des nouvelles technologies de communication. Une réforme ambitieuse de certaines « *entreprises publiques économiques* » est promulguée le 21 mars 1991. Elle concerne la poste, les chemins de fer, les télécommunications et la Régie des voies aériennes. Toutes se voient octroyer le statut nouveau d'*entreprise publique autonome (EPA)*. La Régie des postes change de nom à cette occasion, et devient *La Poste*, à peine vingt ans

<sup>12</sup> Voy. les sites internet précités de ces organismes.

<sup>13</sup> C.J.C.E., arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993, C-320/91, §§ 15 et 17.

après avoir reçu son premier statut autonome. Son objet social est redéfini comme suit : « *l'exploitation de services postaux et des services financiers postaux, en vue d'assurer de façon permanente l'universalité et la confidentialité de la communication écrite, ainsi que du transport et de l'échange de l'argent et des moyens de paiement* ». La loi lui attribue également expressément des « *missions de services public* », à savoir la poste aux lettres, dont elle a le monopole, mais aussi toute autre mission qui lui serait confiée par la loi, le débit des timbres-poste et les services financiers postaux. Les conditions d'exploitation de ces missions de service public sont détaillées dans un contrat de gestion conclu avec l'Etat belge<sup>14</sup>. Comme le souligne le premier contrat de gestion, c'est la seule entreprises publique qui n'exerce pas toutes ses missions de service public en monopole. Divers services financiers sont en effet offerts en concurrence directe avec nombre d'institutions bancaires privées ou, au début des années 1990 encore, publiques. Caractéristique de la loi, par ailleurs, La Poste est autorisée, en tant qu'EPA, à exploiter des services commerciaux, étrangers à la notion de service public. C'est une innovation majeure pour le droit administratif belge, qui n'avait jamais reconnu explicitement cette possibilité dans le chef d'organismes publics. Enfin, un *Institut belge des postes et des télécommunications* (IBPT) est créé, dont les missions en matière postale se limitent essentiellement à un rôle de conseil du gouvernement.

Anticipant à nouveau sur le projet de directive européenne, le second contrat de gestion conclu en janvier 1997 innove à nouveau dans le vocabulaire, puisqu'il distingue désormais d'une part les *tâches de service public universel* que La Poste est tenue d'accomplir, incluant notamment, outre les services postaux, l'ouverture d'un compte courant postal ; et d'autre part, les *tâches de service public réservé* que La Poste exploite en monopole<sup>15</sup>. Les réformes ultérieures sont moins originales, mais tout aussi fondamentales, puisqu'elles ont pour objet la transposition des trois directives européennes. Par arrêtés royaux en 1999 et 2002, puis par les lois de 2007 et de 2010, les activités postales sont entièrement libéralisées le 1<sup>er</sup> janvier 2011, tout en maintenant La Poste, devenue *bpost* à la faveur de la loi de 2010, seule prestataire du service universel et titulaire de nombreuses autres missions de service public (débit des timbre-poste, correspondance administrative et militaire, imprimés électoraux, etc.). La régulation de ce nouveau cadre juridique est confiée à l'IBPT, qui a vu ses pouvoirs progressivement renforcés, au point de devenir une véritable autorité de régulation autonome, en matière postale, dans les années 2000, notamment chargé d'octroyer les licences aux opérateurs alternatifs, soumises à une redevance<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, spécialement ses articles 129 à 154 ; et son arrêté royal d'exécution du 14 septembre 1992 portant approbation du premier contrat de gestion de la Régie des postes et fixant des mesures relatives à cette Régie, *M.B.*, 1<sup>er</sup> octobre 1992. Sur la réforme elle-même, voy. *infra*, le titre II, ainsi que D. NUCHELMANS, G. PAGANO (1991), « Les entreprises publiques autonomes » ; Ph. DE BRUYCKER, A. DRUMAUX, D. NUCHELMANS, Ph. QUERTAINMONT (1992), *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991* ; V. PIRLOT (2008), « Décentralisation administrative et gestion des services publics en Belgique de l'indépendance à nos jours (1830-2006) », pp. 238-250.

<sup>15</sup> Deuxième contrat de gestion du 10 janvier 1997 entre l'Etat et La Poste, *M.B.*, 5 mars 1997.

<sup>16</sup> Les principaux textes sont l'arrêté royal du 9 juin 1999 transposant les obligations découlant de la directive 97/67/CE précitée, *M.B.*, 18 août 1999, et confirmé par la loi du 12 août 2000 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses, *M.B.*, 31 août 2000 ; le troisième contrat de gestion du 28 juin 2002 entre l'Etat et La Poste S.A. de droit public, *M.B.*, 24 septembre 2002 ; l'arrêté royal du 7 octobre 2002 transposant l'article 1<sup>er</sup>, 1 et l'article 1<sup>er</sup>, 2 de la directive 2002/39/CE précitée, *M.B.*, 25 octobre 2002 ; la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003 ; le quatrième contrat de gestion du 2 décembre 2005

Confrontée dans toutes ses activités à la concurrence des technologies et du secteur privé, le « *grand défi auquel La Poste, entreprise publique autonome, est confrontée au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 1991, c'est sa rentabilité* », entraînant diverses réformes structurelles, au-delà des réformes légales décrites ci-dessus, souvent approuvées et encouragées par les quatre contrats de gestion successifs. Le nombre de bureaux de poste est réduit par vagues successives en 1994, 1998, 2001, 2005, 2010. Depuis la fin des années 1990, certains bureaux sont remplacés par des « points poste » ouverts auprès de supermarchés, d'agences bancaires, de gares ou de librairies. Le nombre de centres de tri est ramené à cinq, et un logiciel informatique nommé « *Géoroute* » tente d'optimiser les tournées de distribution des facteurs. Ces restrictions entraînent à chaque fois d'importants conflits sociaux avec les syndicats, qui s'érigent en défenseurs du service public, et se traduisent souvent par des grèves plus ou moins longues. Le nombre d'agents est également réduit puisqu'il passe, fin 2009, juste en dessous des 30.000 membres du personnel<sup>17</sup>. Outre ces mesures de restrictions, La Poste s'est également évertuée à diversifier ses activités. La succession de l'Office central des chèques postaux est assurée par la création de la Banque de la Poste en 1995, en partenariat avec la Générale de Banque, devenue Fortis puis BNP Paribas Fortis. Les services publics financiers disparaissent cependant progressivement, le reliquat s'effectuant sur une base commerciale au travers de la Banque de la Poste<sup>18</sup>. Diverses filiales sont également créées, comme le permet la loi de 1991, notamment la société Certipost, en partenariat avec Belgacom, spécialisée dans l'échange sécurisé de documents électroniques.

Afin de faciliter l'intervention privée dans le capital de La Poste, celle-ci est encore une fois transformée en 2000, recevant le statut de société anonyme de droit public<sup>19</sup>. Le débat sur la privatisation partielle de l'entreprise publique est mené depuis plusieurs années, mais il s'amplifie à cette occasion. L'Etat craint que les autorités européennes lui refuse de renforcer financièrement La Poste, qui en a pourtant bien besoin<sup>20</sup>. La possibilité d'ouvrir le capital de l'entreprise public aux investisseurs privés est ouverte par la loi-programme du 27 décembre 2004, qui impose cependant le maintien de 50% plus une action dans le giron de l'Etat. Elle conduit à la vente en 2006 des 49,99% autorisés à un consortium – *Post Invest Europe S.A.R.L.* – associant la poste danoise et

---

entre l'Etat et La Poste S.A. de droit public, *M.B.*, 20 décembre 2005 ; la loi du 1<sup>er</sup> avril 2007 modifiant la loi du 21 mars 1991 précitée, *M.B.*, 14 mai 2007 ; la loi du 1<sup>er</sup> avril 2007 modifiant la loi du 6 juillet 1971 portant création de LA POSTE et modifiant la loi du 26 décembre 1956 sur le Service des Postes, *M.B.*, 14 mai 2007 ; la loi du 13 décembre 2010 modifiant la loi du 21 mars 1991 précitée, la loi du 17 janvier 2003 précitée et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 31 décembre 2010.

<sup>17</sup> J. MODEN (2008), *Les privatisations en Belgique*, p. 116-120 ; M. MARY (2010), *Histoire des postes belges. Des origines à la libéralisation*, pp. 78-83 ; Rapport annuel de La Poste pour l'année 2009, numérisé sur [www.bpost.be](http://www.bpost.be) ; P. SPAEY, F. LELOUP (1991), « L'évaluation formative d'une organisation publique en Belgique : le cas d'un service postal ».

<sup>18</sup> Arrêté ministériel du 30 avril 2007 portant réglementation des services financiers postaux, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juin 2007. Voy., pour la période 1990-1997, L. VAN NIEUWENHOVE (1997), « Financiële basisdienst voor de burger : juridische utopie of werkelijkheid ».

<sup>19</sup> Art. 148bis/1 de la loi précitée du 21 mars 1991, *M.B.*, 27 mars 1991, tel qu'inséré par l'art. 9 de la loi du 24 décembre 1999, *M.B.*, 31 décembre 1999 ; arrêté royal du 17 mars 2000 portant approbation de la transformation de La Poste en société anonyme de droit public et portant approbation des statuts de celle-ci, *M.B.*, 22 mars 2000.

<sup>20</sup> J. MODEN (2008), *op.cit.*, pp. 124-126.

le groupe financier britannique *CVC Capital Partners*. La poste danoise se retire cependant en 2009, revendant toutes ses actions à son partenaire anglais<sup>21</sup>.

## **B. Organisation administrative, financement et régime juridique**

Le droit applicable à l'organisation administrative, au financement et au régime juridique des services postaux évolue au même rythme, dense, que celui des réformes postales européennes et nationales décrites ci-dessus. Sur le plan des principes, cependant, la réglementation évolue peu, et autorise un exposé plus synthétique.

L'organisation administrative a déjà été évoquée. Désormais, l'intervention publique est répartie entre trois institutions : l'administration centrale, l'IBPT et la société anonyme de droit public *bpost*. Au sein de l'administration centrale elle-même, les compétences sont concentrées au sein du ministère des communications, qui devient le ministère de l'économie et des télécommunications en 1995, puis des télécommunications et des entreprises et participations publiques en 1999, et enfin des entreprises publiques en 2003. L'IBPT, simple institution consultative au début des années 1990, devient rapidement une réelle autorité de régulation, chargée de missions de surveillance et de contrôle et de pouvoirs d'autorisation et de sanction, en vue de « - veiller à la qualité et à la pérennité du service universel ; - veiller aux intérêts des utilisateurs des services postaux ; - contribuer au développement d'un marché intérieur des services postaux ; - promouvoir la concurrence dans le secteur postal »<sup>22</sup>. La doctrine l'érige même, désormais, au rang d'autorité administrative indépendante, au sens où elle dispose de pouvoirs de décision (d'octroi des licences postales aux opérateurs, en particulier) affranchis de tout contrôle de l'Etat<sup>23</sup>. L'organisation de *bpost*, enfin, entreprise publique autonome et société anonyme de droit public – les deux statuts ne sont pas exclusifs l'un de l'autre ! – est pratiquement identique à celle d'une société commerciale<sup>24</sup>. Le contrôle de l'Etat ne s'exerce plus qu'au travers de ses pouvoirs d'actionnaires et du contrat de gestion que la société conclut avec l'Etat au sujet de ses obligations de service public.

La question du financement du service se réduit en même temps que le champ du service public est réduit. Les tâches de service public sont financées par le budget de l'Etat, à concurrence de la différence entre le prix de revient et le prix facturé à l'utilisateur du service, et ce conformément à la possibilité laissée par le droit européen de financer des missions d'intérêt général<sup>25</sup>. La charge inéquitable éventuelle découlant des obligations de service universel est également compensée à charge du budget de

---

<sup>21</sup> Art. 301 à 307 de la loi programme du 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 décembre 2004 ; et les arrêtés royaux d'exécution du 12 octobre 2005, *M.B.*, 25 octobre 2005 ; du 13 décembre 2005 portant approbation de modifications aux statuts de la société anonyme de droit public La Poste, *M.B.*, 6 février 2006 ; du 28 juin 2009, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 2009 ; ainsi que l'avis du 17 janvier 2006, *M.B.*, 23 janvier 2006.

<sup>22</sup> Art. 14, §2, 6<sup>o</sup> de la loi précitée du 17 janvier 2003, *M.B.*, 24 janvier 2003. Sur les autorités de régulation et leur compétence, voy. P. BOUCQUEY, P.O. DE BROUX (2007), « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », pp. 214-252.

<sup>23</sup> Sur la notion d'autorité administrative indépendante, D. DE ROY (2006), « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge », pp. 720-735 ; H DUMONT (2006), « La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance ».

<sup>24</sup> Voy. le témoignage éclairé d'un des administrateurs délégué de la période : F. ROMBOUTS (2001), *De postbode belde vroeger twee keer*.

<sup>25</sup> Troisième contrat de gestion du 28 juin 2002 précité, *M.B.*, 24 septembre 2002, p. 10.

l'Etat, conformément aux prescriptions de la directive européenne en matière de financement du service universel<sup>26</sup>. En pratique, et moyennant ces compensations, les comptes de l'entreprise publique autonome s'améliorent progressivement, et ont même renoué avec les bénéfices depuis plusieurs années. Les dépenses en personnel dépassent toujours largement la moitié des frais d'exploitation.

Enfin, la protection du secret de la correspondance est étendue à l'ensemble des opérateurs postaux. Celui-ci n'est plus aussi absolu, puisque de nouvelles dérogations sont prévues par une loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche<sup>27</sup>, adoptée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme qui s'est renforcée après les événements du 11 septembre 2001. Par contre, le droit du citoyen à un service universel en matière postale semble vouloir être mieux affirmé. Depuis 1994, chacune des déclarations successives de révision de la Constitution, adoptée à chaque changement de législature, annonce l'intention de compléter celle-ci par un alinéa consacrant ce droit<sup>28</sup>. Cette intention ne s'est cependant encore jamais concrétisée. Les envois recommandés par la poste conservent par ailleurs une fonction administrative importante pour établir certaines dates, d'ailleurs étendus en 2010 aux envois recommandés électroniques<sup>29</sup>. La transformation en entreprise publique autonome et société anonyme de droit public a par contre un impact déterminant sur le personnel, qui n'est plus renouvelé que sur une base contractuelle. Selon le rapport annuel de *bpost*, 22.000 agents étaient encore statutaires au 31 décembre 2009, contre un peu plus de 11.000 contractuels. A côté des évolutions comptables et financières, c'est sans doute la principale conséquence concrète du processus de libéralisation et de privatisation partielle de cette entreprise qui semble paradoxalement retrouver des couleurs au fur et à mesure que baisse le trafic postal et que s'est réduit son monopole<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Art. 144*novies* de la loi précitée du 21 mars 1991, *M.B.*, 27 mars 1991, tel que remplacé par la loi précitée du 13 décembre 2010, *M.B.*, 31 décembre 2010.

<sup>27</sup> Art. 46*ter* et 88*sexies* du Code d'instruction criminelle insérés par la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, *M.B.*, 12 mai 2003.

<sup>28</sup> Voy. les déclarations de révision successives du 12 avril 1995, du 5 mai 1999, du 10 avril 2003, toutes publiées au *Moniteur belge* le jour de leur promulgation, du 1<sup>er</sup> mai 2007, *M.B.*, 2 mai 2007, et du 6 mai 2010, *M.B.*, 7 mai 2010.

<sup>29</sup> Voy. par exemple K. STANGHERLIN (2007), « Le facteur sonne toujours deux fois. La Cour d'arbitrage et le point de départ des délais de recours en aide sociale » ; art. 135, §2 de la loi précitée du 21 mars 1991, *M.B.*, 24 mars 1991, tel que remplacé par la loi précitée du 13 décembre 2010, *M.B.*, 31 décembre 2010.

<sup>30</sup> P.F. LOVENS, « La Poste ou l'extinction d'un monopole », *La Libre Belgique*, 18 janvier 2010.

## CHAPITRE 2. LE GROUPE SNCB À LA TÊTE DES CHEMINS DE FER<sup>31</sup>

Le transport ferroviaire, en 1990, est aux mains exclusives de la SNCB, bien qu'aucun monopole n'ait jamais été légalement octroyé. Les coûts d'établissement et d'exploitation et la préférence donnée aux autres moyens de transport par les entrepreneurs privés ont évité toute remise en cause de ce monopole de fait. Le principal problème de la SNCB est d'ailleurs financier. Elle ne parvient pas à réduire ses déficits récurrents. Un grand projet européen va cependant contribuer à remettre la SNCB sur les rails : le développement des Trains à Grande Vitesse (TGV). Au travers de ce projet<sup>32</sup>, mais aussi du renforcement des politiques de mobilité et de protection de l'environnement, le transport ferroviaire regagne peu à peu, depuis vingt ans, ses lettres de noblesse. Contrairement aux périodes précédentes, les liens avec les transports urbains sont de plus en plus ténus, notamment à cause de la régionalisation de ceux-ci, et de la disparition de tout chemin de fer vicinal et de la SNCV<sup>33</sup>. L'évolution des transports régionaux n'est donc pas étudiée dans le présent chapitre. Une exception mérite cependant d'être signalée : celle du *Réseau Express Régional* (RER) autour de Bruxelles. Ce projet est en chantier depuis le début des années 1990, et associe la SNCB aux sociétés régionales de transport en commun. Sa réalisation progresse lentement, mais l'ouverture des premières lignes ne cesse d'être reportée.

A l'instar des services postaux enfin, il faut préciser que l'inflation législative dans les seuls chemins de fer pèse lourdement sur toute tentative de produire une histoire exhaustive de cette période. Seules les principales normes ont donc été synthétisées.

### A. International : un modèle européen de concurrence régulée

La coopération internationale est surtout renforcée au niveau européen, là où les réseaux sont susceptibles d'être directement interconnectés. Un premier *Livre blanc sur le développement des réseaux transeuropéens de transport* est présenté en 1992 et conduit à l'adoption, à Maastricht, de nouvelles dispositions dans le Traité des Communautés relatives aux réseaux transeuropéens. L'idée principale est de transformer les réseaux

---

<sup>31</sup> Les travaux repérés sont rares, en particulier pour la Belgique : P. VIEU (2010), « A propos de l'intégration de l'Europe des transports » ; L. QUESSETTE (2006), « L'Europe des rails, ou les influences de la construction européenne sur les chemins de fer en France » ; J. VAN LOOY (2005), « De structuurhervorming van de Belgische spoorwegen in het licht van de Europese spoorwegliberalisering » ; F. DEHOUSSE, F. GADISSEUR (2002), « La libéralisation du secteur ferroviaire et ses conséquences en Belgique » ; B. VAN DER HERTEN, M. VAN MEERTEN, G. VERBEURGT (2001), *Le temps du train. 175 ans de chemins de fer en Belgique, 75<sup>e</sup> anniversaire de la SNCB* ; O. DEBANDE, E. MONAMI (1997), « La réglementation des chemins de fer dans l'Union européenne » ; ainsi que, notamment, les sites des organisations suivantes sur internet : [www.uic.org](http://www.uic.org) ; [www.internationaltransportforum.org](http://www.internationaltransportforum.org) ; [www.cer.be](http://www.cer.be) ; [www.eimrail.org](http://www.eimrail.org) ; <http://tentec.ec.europa.eu> ; <http://www.era.europa.eu> ; [www.bcclearing.eu](http://www.bcclearing.eu) ; [www.otif.org](http://www.otif.org) ; [www.regul.be](http://www.regul.be) ; [www.b-rail.be](http://www.b-rail.be) ; [www.infrabel.be](http://www.infrabel.be).

<sup>32</sup> Trois lignes sont actuellement ouvertes en Belgique à partir de Bruxelles : l'une vers Anvers et les Pays-Bas, l'une vers Liège et l'Allemagne, l'une vers Lille et Paris ou Londres, via le tunnel sous la Manche.

<sup>33</sup> Voy. notamment la loi du 13 mars 1991 relative à la suppression ou à la restructuration d'organismes d'intérêt public et d'autres services de l'Etat, *M.B.*, 19 avril 1991 ; l'arrêté royal du 27 mars 1991 relatif à la dissolution de la Société nationale des Chemins de fer vicinaux et au transfert de ses missions, biens, droits et obligations, *M.B.*, 17 avril 1991 ; l'arrêté royal du 31 décembre 1991 relatif à la répartition du patrimoine et des parts d'associés de la Société nationale des Chemins de fer vicinaux à la Région wallonne et à la Région flamande et à la clôture de la dissolution, *M.B.*, 7 mars 1992.

nationaux en un seul réseau de dimension européenne, dans lequel tous les modes de transport sont pris en considération, de manière intégrée. Cette nouvelle politique européenne met notamment l'accent sur les solutions alternatives au transport routier, et en particulier sur la construction de lignes ferroviaires à grande vitesse. L'Union européenne uniformise les droits d'accès aux infrastructures ferroviaires via un régime de licence européenne d'entreprise ferroviaire, et s'engage résolument dans la « revitalisation » des chemins de fer. Le *Livre blanc pour revitaliser les chemins de fer communautaires* publié par la Commission européenne en 1996 recommande l'assainissement financier des sociétés d'exploitation, la liberté d'accès à l'ensemble du trafic et des services, l'intégration des systèmes nationaux et même une harmonisation sociale<sup>34</sup>.

Un des principes cardinaux des réformes européennes, évoqué dès 1996, est la séparation entre la gestion de l'infrastructure, et l'exploitation commerciale de celle-ci, seule la première pouvant être financée par l'Etat. La libéralisation du transport de marchandises est adoptée en 2001, et entre en vigueur en 2003. Par contre, pour le transport de voyageur, le système actuellement en vigueur est celui d'une *concurrence régulée*, qui autorise à « octroyer à un opérateur de transport, dans le cadre d'un contrat de service public attribué après mise en concurrence, un droit exclusif et/ou une compensation en contrepartie des obligations de service public assumées par cet opérateur »<sup>35</sup>. La perspective, dans ce domaine, est modifiée par rapport aux règlements de 1969 et 1970. Le règlement de 2007 qui les remplace considère désormais le transport public de voyageur comme des « services de transport de voyageurs d'intérêt économique général offerts au public sans discrimination et en permanence », dont les modalités sont régies au niveau européen. Particularité remarquable, le droit européen impose le recours au contrat entre l'Etat et « l'opérateur de service public », contrat très comparable au contrat de gestion du droit belge<sup>36</sup>.

Au-delà de ces fonctions de réglementation, l'Union européenne s'engage aussi résolument dans la prise en charge et la direction de projets d'infrastructures ferroviaires européens. Deux agences européennes, sont spécialement dédiées à de tels projets. L'*Agence ferroviaire européenne* (ERA – pour *European Railway Agency*) est fondée en 2004 pour assurer l'harmonisation et la réglementation technique et en matière de sécurité des réseaux ferroviaires européens, en vue de promouvoir la constitution d'un

---

<sup>34</sup> P. GERBET, G. BOSSUAT, Th. GROBOIS (2009), *Dictionnaire historique de l'Europe unie*, v° « Politique des transports », pp. 801-802 ; R. LEBOUTTE (2008), *Histoire économique et sociale de la construction européenne*, pp. 303-305. Voy. la directive 91/440/CEE du 29 juillet 1991 relative au développement de chemins de fer communautaires, *J.O.*, L 237, 24 août 1991, et ses modifications par la directive 2001/12/CE du 26 février 2001, *J.O.*, L 75, 15 mars 2001, la directive 2004/51/CE du 29 avril 2004, *J.O.*, L 164, 30 avril 2004 et la directive 2007/58/CE du 23 octobre 2007, *J.O.*, L 315, 3 décembre 2007 ; la directive 95/18/CE du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires, *J.O.*, L 143, 27 juin 1995, également modifiée en 2001 et 2004 ; la directive 95/19/CE du 19 juin 1995 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la perception de redevances d'utilisation de l'infrastructure, *J.O.*, L 143, 27 juin 1995, remplacée en 2001 ; la directive 96/48/CE du Conseil du 23 juillet 1996 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse, *J.O.*, L 235, 17 septembre 1996, modifiée en 2004 et 2007, et les trois « paquets ferroviaires » (à savoir l'adoption simultanée de plusieurs directives) de 2001, 2004 et 2007.

<sup>35</sup> P. VIEU (2010), *op.cit.*, p. 299, note 5. Voy. le règlement n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *J.O.*, L 315, 3 décembre 2007, et le site internet de la Commission européenne [http://ec.europa.eu/transport/rail/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/rail/index_en.htm) (consulté le 2 mars 2011).

<sup>36</sup> Le contrat de service public apparaît pour la première fois dans le règlement n° 1893/91 du 20 juin 1991 modifiant le règlement (CEE) n° 1191/69 précité, *J.O.*, L 169, 29 juin 1991.

espace ferroviaire européen. Elle ne dispose cependant que de compétences d'avis et de recommandations<sup>37</sup>. L'Agence exécutive en matière de réseaux européens de transport (TEN-T EA – pour *Trans-European Transport Network Executive Agency*) est créée par la Commission européenne en 2006. Elle est chargée, dans tous les domaines du transport, d'assurer la gestion technique et financière des projets auxquels l'Union européenne a accordé un soutien financier, sous un statut d'agence exécutive lui conférant une relative autonomie pour exécuter les décisions prises par la Commission<sup>38</sup>.

L'action des autres institutions internationales ressort relativement affaiblie de cette emprise européenne. Au niveau mondial, l'ancienne AICCF a été absorbée en 2006 par l'Union internationale des chemins de fer (UIC). Son *Bureau central de compensation* existe toujours, géré à Bruxelles par la *SNCB Holding*<sup>39</sup>. Le développement de l'UIC est cependant fortement entravé par la politique de séparation économique et commerciale du rail et du train. Cette politique a donné naissance à des organismes séparés, au niveau national et européen, dont les intérêts sont devenus contradictoires. L'UIC pourrait prétendre réunir l'ensemble des intérêts ferroviaires, mais « *mais on est en train de la dégraisser à toute vitesse : tantôt c'est la CER qui prend un morceau, tantôt ce sont les gestionnaires de l'infrastructure qui en prennent un autre. On a licencié massivement du personnel de cette malheureuse UIC de sorte que son avenir même est mis en question par certains* »<sup>40</sup>. Au niveau européen, en effet, deux « *organisations de lobbying* » séparées ont été créées : la *Communauté européenne du Rail* (CER), et la *European Infrastructure Managers* (EIM)<sup>41</sup>, qui sont élargies à de nombreux Etats non membres de l'Union européenne. L'ancienne CEMT a été rebaptisée *International Transport Forum* et intégrée au sein de l'OCDE. Son activité est celle d'un « *think thank* » stratégique en matière de transport, qui culmine lors de l'organisation d'un sommet annuel des ministres dont l'Etat est membre de l'organisation<sup>42</sup>. Enfin, l'OTIF poursuit sa tâche d'harmonisation et de développement du droit du transport international de marchandises et de voyageurs<sup>43</sup>.

## **B. Public-privé et organisation administrative : l'éclatement de la SNCB et la libéralisation contrôlée du rail**

La SNCB est également concernée par la grande réforme contenue dans la loi du 21 mars 1991, qui la transforme en *entreprise publique autonome*. Cette loi restreint, en

---

<sup>37</sup> Règlement 881/2004/CE du 29 avril 2004 instituant une Agence ferroviaire européenne, *J.O.*, L 164, 30 avril 2004, ainsi que le site internet de l'agence <http://www.era.europa.eu>. Sur le statut d'agence européenne, voy. J. DE BEYS (2010), « Les agences européennes : quels objectifs, quelles modalités, quels défis ? »

<sup>38</sup> Décision 2007/60/CE de la Commission du 26 octobre 2006 instituant l'Agence exécutive du réseau transeuropéen de transport, *J.O.*, L 32, 6 février 2007, ainsi que le site internet de l'agence <http://tentea.ec.europa.eu>. Sur le statut d'agence exécutive, voy. également. J. DE BEYS (2010), *op.cit.*

<sup>39</sup> Voy. le site internet [www.bcclearing.eu](http://www.bcclearing.eu).

<sup>40</sup> J. ROGISSART (2005), « Histoire de la politique européenne du rail et implication des entreprises ferroviaires dans son élaboration », p. 62. L'action de l'UIC n'est cependant pas nulle. Elle est par exemple intervenue pour soutenir les entreprises ferroviaires partenaires de l'Eurostar dans leur litige avec la Commission européenne : T.P.I.C.E., 15 septembre 1998, arrêt T-374/94, T-384/94 et autres.

<sup>41</sup> Voy. les sites [www.cer.be](http://www.cer.be) ; [www.eimrail.org](http://www.eimrail.org). Le siège de ces deux organisations est situé à Bruxelles.

<sup>42</sup> A. RATHERY (1999), « La politique des transports au sein de l'OCDE. Le rôle de la CEMT » ; et le site internet de l'organisation [www.internationaltransportforum.org](http://www.internationaltransportforum.org).

<sup>43</sup> Voy. le site [www.otif.org](http://www.otif.org).

matière ferroviaire, les missions de service public de la SNCB au transport des voyageurs, en service intérieur ordinaire. Comme le précise l'exposé des motifs de la loi, « *si les autres activités de transport font bien partie de l'objet social (transport international, transport de marchandise par trains ou wagons complets, de colis, transport combiné,...), il s'indique d'en laisser l'initiative et la gestion à la S.N.C.B. dans le cadre de son autonomie, et de les affranchir des règles spécifiques attachées aux missions de service public* ». Une seconde mission de service public confiée expressément à la SNCB réside « *dans la mise en état d'une infrastructure de transport qui est considérée, en tant que telle, d'intérêt national quelles que soient la nature et l'importance du trafic qui y circule. Il est en effet souhaitable de conserver à l'autorité publique la responsabilité de l'infrastructure ferrée (...) non seulement pour garantir le respect de certaines règles de concurrence entre modes, mais également parce qu'elle constitue la condition sine qua non d'une politique de mobilité à long ou à moyen terme* »<sup>44</sup>. Ces deux missions principales de *service public*, avec quelques autres plus accessoires (notamment en matière militaire), font l'objet d'un contrat de gestion avec l'Etat. Au rang des activités commerciales, dans le secteur des marchandises, la SNCB va se lancer dans diverses aventures, dont la plus médiatisée est celle d'ABX, la division « colis » de la société, qui est filialisée en 1993. En quelques années, elle prend un essor considérable et s'étend à l'étranger. En huit ans, son chiffre d'affaires passe de 3 à 100 milliards de francs belges. Dans le même temps, elle commence à engranger des pertes colossales, qui vont mener à sa restructuration puis à sa vente au prix d'un euro symbolique, selon la presse, en 2006<sup>45</sup>. Grandeur et décadence de l'action publique... Dans le transport international des voyageurs, ce sont les sociétés commerciales exploitant les trains à grande vitesse *Eurostar* (créée en 1993 pour exploiter les lignes passant par le tunnel sous la Manche, et associant les sociétés ferroviaires française, anglaise et belge), et *Thalys* (créée en 1995 pour exploiter la ligne Paris-Bruxelles-Amsterdam-Cologne, et associant les quatre sociétés ferroviaires des quatre Etats traversés) qui sont les mieux connues du public belge<sup>46</sup>.

Cette séparation des activités commerciales et de service public de la SNCB n'est cependant pas encore accompagnée d'une véritable ouverture du réseau ferroviaire à d'autres entreprises de chemins de fer. Il faut attendre l'arrêté royal du 12 mars 2003 pour que, à la suite du premier « paquet ferroviaire » européen, un véritable droit d'accès au réseau soit accordé à toute entreprise ferroviaire exploitant des services de transport international de marchandises. C'est la première étape vers la libéralisation du rail belge. Le transport national de marchandises est ensuite libéralisé le 1<sup>er</sup> janvier 2006, et le transport international de voyageurs est autorisé à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010. Seul le transport national de voyageurs est donc encore réservé, aujourd'hui, à la SNCB, au nom de la mission d'*intérêt économique général*, au sens du droit européen, qu'elle assume sur le territoire belge. Tout opérateur privé (ou public d'un autre Etat européen) est dans ce cadre, pour exercer une activité sur le territoire belge, tenu d'obtenir une licence d'exploitation et un certificat de sécurité, délivré par un *Service de Régulation du Transport ferroviaire*, créé en 2004. Cette nouvelle autorité de régulation est créée au sein du Service public fédéral – la nouvelle appellation donnée aux ministères depuis 1999 – Mobilité et Transports, et agit sous l'autorité directe du ministre compétent. Cette situation est critiquée, notamment par la Commission européenne, puisque l'Etat

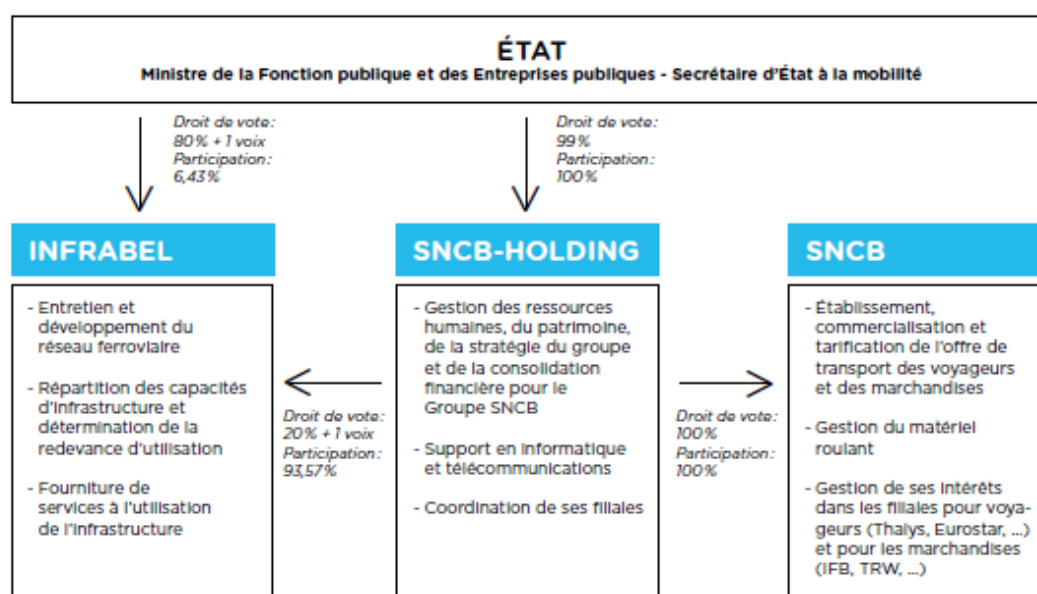
<sup>44</sup> Exposé des motifs de la loi du 21 mars 1991, *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1989-1990, n° 1287/1, pp. 79-80.

<sup>45</sup> Voy. le récit de J. MODEN (2008), *Les privatisations en Belgique*, pp. 139-143.

<sup>46</sup> Voy. [www.thalys.com](http://www.thalys.com) et [www.eurostar.com](http://www.eurostar.com).

reste également l'actionnaire unique de la SNCB. A l'instar des services postaux et des télécommunications, le droit ferroviaire est particulièrement évolutif et donc instable. Il est d'autant plus complexe à suivre que, comme dans les autres secteurs, le gouvernement est autorisé à modifier les lois par arrêtés royaux, pour assurer la transposition rapide et efficace du droit européen, lequel est lui-même revu de plus en plus régulièrement<sup>47</sup>.

Sous l'impulsion européenne encore, la séparation comptable, puis institutionnelle des activités ferroviaires est également décidée, et donne naissance en 2004 à trois nouveaux organismes publics formant ensemble le Groupe SNCB, entreprises publiques autonomes qui prennent à cette occasion la forme de sociétés anonymes de droit public. Sa structure est expliquée dans le schéma ci-dessous, qui décrit les liens et les missions principales des trois nouvelles sociétés *SNCB Holding*, *Infrabel* et *SNCB*.



Source : rapport annuel d'Infrabel pour l'année 2009, p. 11 – [www.infrabel.be](http://www.infrabel.be)

<sup>47</sup> Art. 155 et s. de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991 ; loi du 22 mars 2002 portant modification de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 26 mars 2002 ; arrêté royal du 12 mars 2003 relatif aux conditions d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, *M.B.*, 14 mars 2003, tel que modifié notamment par arrêté royal du 13 décembre 2005, *M.B.*, 29 décembre 2005 ; arrêté royal du 14 juin 2004 portant réforme des structures de gestion de l'infrastructure ferroviaire, *M.B.*, 24 juin 2004 ; arrêté royal du 13 septembre 2004 relatif à la sécurité dans les chemins de fer, *M.B.*, 26 septembre 2004 ; arrêté royal du 18 octobre 2004 portant certaines mesures de réorganisation de la Société nationale des Chemins de fer belges, *M.B.*, 20 octobre 2004 ; arrêté royal du 25 octobre 2004 créant le Service de Régulation du transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-National, fixant sa composition ainsi que les statuts administratif et pécuniaire applicables à ses membres, *M.B.*, 5 novembre 2004, tel que modifié par arrêté royal du 1<sup>er</sup> février 2006, *M.B.*, 28 février 2006 ; loi du 4 décembre 2006 relative à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire, *M.B.*, 23 janvier 2007, telle que modifiée notamment par arrêté royal du 19 mai 2009, *M.B.*, 9 juin 2009 ; loi du 19 décembre 2006 relative à la sécurité d'exploitation ferroviaire, *M.B.*, 23 janvier 2007, ces deux dernières telles que modifiées pour la dernière fois par trois lois (!) du 26 janvier 2010, *M.B.*, 9 février 2010. Comp., pour la France et l'Allemagne, avec D. CHABALIER (2010), « Libéralisation des frets ferroviaires français et allemand : entre rémanence institutionnelle et contingence temporelle des réformes ».

La réforme est également l'occasion de détailler les missions de service public qui leur sont confiées, telles que transcrites dans la loi du 21 mars 1991. Les missions de service public de la S.N.C.B. Holding comprennent : « 1° la détention et la gestion de ses participations dans le capital de la Société nationale des Chemins de fer belges et d'Infrabel ; 2° les activités de sécurité et de gardiennage dans le domaine ferroviaire ; 3° l'acquisition, la construction, l'entretien et la gestion des gares et de leurs dépendances ; 4° la conservation du patrimoine historique relatif à l'exploitation ferroviaire ». Les missions de service public d'Infrabel comprennent : « 1° l'acquisition, la construction, le renouvellement, l'entretien et la gestion de l'infrastructure ferroviaire ; 2° la gestion des systèmes de régulation et de sécurité de cette infrastructure ; 3° la fourniture aux entreprises ferroviaires des services définis par le Roi (...); 4° la répartition des capacités de l'infrastructure ferroviaire disponibles, dans le respect des principes et procédures définis par le Roi (...); 5° la tarification, la facturation et la perception des redevances d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire et des services visés au 3°, dans le respect des principes et procédures définis par le Roi (...) ». Les missions de service public de la SNCB comprennent : « 1° le transport intérieur de voyageurs assuré par les trains du service ordinaire, ainsi que les dessertes intérieures par trains à grande vitesse ; 2° le transport transfrontalier de voyageurs, c'est-à-dire le transport assuré par les trains du service ordinaire pour la partie du trajet national non couverte au titre du 1° et jusqu'aux gares situées sur les réseaux voisins définies dans le contrat de gestion ; 3° les prestations que la S.N.C.B. est tenue de fournir pour les besoins de la Nation »<sup>48</sup>.

Contrairement à la Poste et, on doit encore le voir, à Belgacom, le Groupe SNCB demeure donc aujourd'hui entièrement contrôlé par l'Etat. La première raison en est que, en particulier durant les années 1990, la valeur financière de la société est nulle, vu son endettement colossal. Par ailleurs, le débat de la privatisation se heurte à un autre débat, politiquement tout aussi sensible, qui est celui de sa régionalisation. Jacques Moden démontre bien que les deux questions se neutralisent l'une l'autre, et expliquent historiquement le maintien actuel de la maîtrise fédérale sur ces trois sociétés<sup>49</sup>. Par ailleurs, la participation syndicale aux organes de direction de la SNCB, qui représentait une de ses principales originalités, est supprimée par la loi du 22 mars 2002.

Il faut encore signaler, dans cet imbroglio législatif et institutionnel, la création du *Fonds de l'infrastructure ferroviaire* en 2004, en même temps que les trois sociétés précitées. Ce Fonds a reçu la propriété du réseau en échange de la reprise de la dette historique de la SNCB. Il était chargé de financer l'entretien et la modernisation du réseau confié à Infrabel. Sa structure a cependant été revue deux fois en à peine quatre ans ! Créé sous la forme d'un organisme d'intérêt public classé dans la catégorie B de la loi du 16 mars 1954, il est transformé en novembre 2006 en une entreprise publique autonome soumise à la loi du 21 mars 1991. En 2008, cependant, il est soustrait au contrôle de ces deux lois et transformé en société anonyme de droit privé. Il perd la propriété du réseau, qui est transférée à Infrabel et à la SNCB Holding, et n'est plus destiné qu'à gérer et valoriser certains terrains dont la SNCB était historiquement propriétaire, mais qui ont perdu aujourd'hui leur affectation ferroviaire<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Art. 156, 199 et 218 de la loi précitée du 21 mars 1991, *M.B.*, 27 mars 1991, tels qu'en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2011.

<sup>49</sup> J. MODEN (2008), *op.cit.*, pp. 129-136.

<sup>50</sup> Voy. l'arrêté royal du 28 septembre 2008 relatif à la restructuration du Fonds de l'infrastructure ferroviaire, *M.B.*, 2 octobre 2008, son rapport au Roi et l'ensemble des textes antérieurs qui y sont cités.

### C. Financement et régime juridique

La dette abyssale de la SNCB, qui s'est un peu stabilisée, puis a continué à plonger au cours des années 1990, a incontestablement contribué à la réforme de 2004. La reprise de cette dette par l'Etat formait une des conditions politiques de la transformation de la SNCB en trois sociétés distinctes, et a conduit à la création du Fonds de l'infrastructure ferroviaire. Cette reprise de dette devait permettre aux nouvelles sociétés de repartir sur une base de financement saine. L'objectif semble plus ou moins réalisé, d'un strict point de vue comptable.

Comme dans le secteur postal, le mode de financement des chemins de fer varie selon que les activités concernent ou non des missions de service public. Lorsque l'activité est strictement commerciale, pour le transport de marchandises par exemple, son financement est en principe assuré par les utilisateurs. Il ne se distingue pas de celui de toute entreprise commerciale. Les missions de service public, telles le transport des voyageurs et l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire, ne sont par contre que très partiellement financées par les utilisateurs. La différence entre le prix payé par ceux-ci et le coût réel des services pour les sociétés du Groupe SNCB, est mise à charge du budget de l'Etat. L'Etat prend également en charge directement les frais liés à la police ferroviaire. Enfin, il couvre la majeure partie des investissements réalisés en vue d'améliorer le transport ferroviaire. Pour l'année 2009, par exemple, plus de 75% des dépenses en infrastructures engagées par Infrabel ont été financées par la dotation de l'Etat. Ces multiples interventions publiques permettent aujourd'hui aux différentes sociétés composant le Groupe SNCB de présenter des comptes en équilibre, voire en légers bénéfices<sup>51</sup>.

Il faut cependant constater que ce mode de financement ne permet pas un réel contrôle de l'ampleur des compensations de service public que l'Etat pourrait être amené à payer. La Cour des comptes en semble consciente, et surveille particulièrement le Groupe SNCB<sup>52</sup>.

Le régime de protection des utilisateurs, des agents et du service, notamment assuré par le droit civil et commercial, et le statut hybride du personnel, n'a par contre pas été significativement affecté par les réformes ici décrites. Seul le droit de la sécurité ferroviaire est régulièrement revu et approfondi<sup>53</sup>, en particulier suite aux catastrophes ferroviaires de Pérot le 27 mars 2001 et de Buizingen le 15 janvier 2010. Depuis 1994 cependant, comme dans le domaine postal, chacune des déclarations successives de révision de la Constitution, a annoncé l'intention de compléter celle-ci par un alinéa consacrant un « *droit du citoyen à un service universel en matière de (...) mobilité* », sans davantage préciser cette notion<sup>54</sup>. L'intention poursuivie est rarement expliquée, si ce n'est en 1995 par le Premier ministre, qui fait remarquer qu'il s'agit de « *services*

---

<sup>51</sup> M. NAUTET (2008), « Analyse des dépenses et recettes publiques de transport », pp. 11-15 ; rapport annuel d'Infrabel pour l'année 2009, p. 12 ; rapports annuels de la SNCB et de la SNCB Holding pour l'année 2009.

<sup>52</sup> Celui-ci a fait l'objet en juillet et octobre 2008 de deux rapports spécifiques, l'un relatif au respect des contrats de gestion par les trois sociétés, et l'autre relatif au financement fédéral des missions de service public des trois sociétés, consultables sur le site de la Cour des comptes – [www.ccrek.be](http://www.ccrek.be).

<sup>53</sup> Voy. les références à la note 45 ci-dessus.

<sup>54</sup> Voy. les déclarations de révision successives du 12 avril 1995, du 5 mai 1999, du 10 avril 2003, toutes publiées au *Moniteur belge* le jour de leur promulgation, du 1<sup>er</sup> mai 2007, *M.B.*, 2 mai 2007, et du 6 mai 2010, *M.B.*, 7 mai 2010.

*dont, jusqu'à présent, le caractère public n'était pas contesté*», mais qui sont maintenant en pleine évolution<sup>55</sup>. Cette volonté constituante ne s'est cependant encore jamais concrétisée.

---

<sup>55</sup> Rapport de la commission, *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1994-1995, n° 1740/4, p. 20.

### CHAPITRE 3. LA CONVERGENCE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES<sup>56</sup>

Depuis 1990, ce ne sont plus tant les progrès technologiques qui transforment la « société de l'information », mais bien l'ouverture massive au public de services de plus en plus diversifiés. L'ordinateur et le téléphone mobile (communément appelé GSM – *Global System for Mobile Communications* – en Belgique) deviennent, pour la majorité de la population belge et européenne, des objets quotidiens de travail et de loisirs. Internet s'ouvre progressivement au public entre 1992 et 1995, et devient un outil majeur de communication dès la fin des années 1990 grâce au logiciel *world wide web*, sorte de langage électronique commun à tous les ordinateurs. En quelques années à peine, les technologies s'entremêlent, et de nombreux appareils permettent aujourd'hui de téléphoner, de communiquer par courrier électronique (*email* ou messageries instantanées), de transférer des données, des images ou des vidéos, de regarder des émissions de télévision, tout en développant encore de nouvelles applications de géolocalisation (GPS – *Global Positioning System*), de jeux électroniques en réseau, ... La vie quotidienne, tant individuelle qu'en société, en est profondément transformée.

Tous ces services sont offerts tant par câble, par les ondes (notamment via les satellites de télécommunications) ou, plus récemment, par fibre optique. Les équipements électroniques qui y donnent accès sont chaque année plus petits, plus légers et plus perfectionnés, au point que leur durée de vie moyenne ne dépasse plus quelques années – non pas parce qu'ils ne fonctionnent plus, mais parce que les utilisateurs les remplacent rapidement –.

Dès le début des années 2000, les infrastructures<sup>57</sup> et équipements de télécommunications, d'une part, et les services de communications électroniques, d'autre part, deviennent par conséquent des marchés économiques distincts. Tout est mis en œuvre pour interconnecter l'ensemble des réseaux existants ; n'importe quel appareil électronique sur terre et dans l'espace doit pouvoir échanger des informations avec n'importe quel autre terminal de communication. Le téléphone et la télévision se

---

<sup>56</sup> Contrairement aux deux secteurs précédents, la littérature sur le sujet est abondante. Les principaux travaux utilisés sont ceux de : D. STEVENS (2010), *Toezicht in de elektronische-communicatiesector* ; F. JONGEN (2010), *La directive services de médias audiovisuels. Le nouveau cadre juridique de l'audiovisuel européen* ; E. DEFREYNE, F. JONGEN (2009), « Quelle légitimité pour le service public de l'audiovisuel » ; E. DE GHELLINCK (2009), « Le secteur des télécommunications : quelle politique pour quels objectifs ? » ; A. DHOEST, H. VAN DEN BULCK (2007), *Publieke televisie in Vlaanderen. Een geschiedenis* ; N. THIRION (2007), *Libéralisations, privatisations, régulations*, pp. 85-173 ; D. VOORHOOF (2007), *Handboek Mediarecht* ; F. DEHOUSSE, Th. VERBIEST, T. ZGAJEWSKI (2007), *Introduction au droit de la société de l'information* ; P. VALCKE, D. STEVENS (2006), « Communicatierecht (2004-2006). Nieuw federaal en Vlaams kader voor telecommunicatie en omroep » ; Y. VAN GERVEN, A. VALLERY, D. REINGEWIERTZ (2006), « Droit des télécommunications », pp. 389-442 ; A. DE STREEL, R. QUECK (2006), « Services d'intérêt économique général et communications électroniques » ; P. VALCKE (2004), *Digitale diversiteit. Convergentie van Media-, Telecommunicatie- & Mededingingsrecht* ; P. VERHOEST (2000), *Openbare telecommunicatie (1798-1998)*, pp. 135-181 ; F. DEHOUSSE, T. ZGAJEWSKI (1999), « La nouvelle réglementation belge des télécommunications. Quel rôle pour les pouvoirs publics ? » ; H. DUMONT, A. STROWEL (1998), *Politique culturelle et droit de la radio-télévision* ; S. BAZZANELLA, Ph. GERARD (1997), *Télécommunications et audiovisuel : convergence de vues ?*. Il n'est dès lors renvoyé aux sites internet des institutions – très nombreuses – que lorsque leur consultation nous a paru utile.

<sup>57</sup> Les termes successifs d'*infrastructures* et de *réseaux*, dans la présente section, désignent tout type de réseaux filaires (câbles, fils électriques, paire de fils de cuivre téléphonique, fibre optique,...) ou hertziens (émetteurs et récepteurs radioélectriques terrestres ou satellitaires) utilisés pour des télécommunications.

fondent progressivement dans la panoplie de services qui peuvent être offerts sur les réseaux de télécommunications. Cette convergence des infrastructures<sup>58</sup> constitue vraisemblablement l'évolution technique majeure du début du 21<sup>e</sup> siècle. Elle justifie le traitement conjoint des télécommunications et de l'audiovisuel dans l'exposé qui suit.

Ces évolutions complexes et pourtant extrêmement rapide se prolongent dans le droit adopté au cours des vingt dernières années. Les législateurs européen et nationaux, auxquels s'ajoutent en Belgique les législateurs fédérés, ont fait preuve d'une frénésie normative rarement égalée. Rien que pour la Belgique, plus d'une centaine de lois ou de décrets différents ont été votés entre 1990 et 2010, sans compter la multitude d'arrêtés royaux, ministériels, ou de gouvernements, ni les autres mesures d'exécution : règlements, décisions des autorités de régulation, accords de coopération, etc. La stabilité juridique du secteur des communications électroniques est extrêmement faible. De nombreux textes se prévalent en outre d'un caractère provisoire, ou d'un objectif à atteindre (la concurrence, le plus souvent), qui le rendrait caduc. Rendre compte de cette diversité en quelques pages est évidemment un défi impossible à relever. Seules les grandes lignes d'évolution ont été, tant bien que mal, retracées.

#### **A. International : l'ascendance croissante des politiques européennes sur les Etats et les autres institutions internationales**

L'acteur majeur des vingt dernières années, dans le secteur des télécommunications et de l'audiovisuel, est l'Union européenne. Elle a relégué les multiples institutions internationales existantes à un rôle de second rang, y compris sur le plan mondial. Le droit que l'Union a développé est sans doute un des plus complets qui ait été adopté dans la sphère internationale, et qui est aujourd'hui transposé dans ses vingt-sept Etats membres, et exerce une influence significative sur le droit d'autres pays comme sur le droit international des télécommunications<sup>59</sup>. Nous n'en présentons que les grands principes, réservant un examen un peu plus détaillé à sa mise en œuvre concrète en Belgique.

##### *1) Le droit européen des communications électroniques*

Quatre étapes – en vingt ans ! – peuvent être distinguées dans l'action normative européenne depuis 1990<sup>60</sup>.

Encouragée par les premiers résultats de la politique des télécommunications menés à la fin des années 1980, la Communauté européenne s'engage toujours davantage dans sa politique d'ouverture à la concurrence des marchés de télécommunications, dans le cadre du grand marché unique européen. Après les *terminaux* de télécommunications (les téléphones), ce sont les services à valeur ajoutée « *autres que le service de téléphonie vocale* » qui sont libéralisés, à savoir principalement, à l'époque, les divers

---

<sup>58</sup> Voy. D. STEVENS (2010), *op.cit.*, pp. 17-19.

<sup>59</sup> Voy. par exemple l'analyse de P. LAROCHE (2004), « Dealing with convergence at the international level », pp. 409-421, à propos des relations entre le droit européen et américain et celui de l'OMC en matière de télécommunications et de médias.

<sup>60</sup> Le présent titre est surtout fondé sur D. STEVENS (2010), *op.cit.*, pp. 55-100 ; et F. DEHOUSSE, Th. VERBIEST, T. ZGAJEWSKI (2007), *op.cit.*

services de transmission de données alors existants<sup>61</sup>. Au niveau audiovisuel, c'est la directive « *Télévision sans frontières* » (TVSF) qui commence à produire ses effets. Elle conduit à l'insertion d'une disposition nouvelle dans le Traité de Rome en 1992, selon laquelle « *la Communauté contribue à l'épanouissement des cultures des Etats membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun. (...) L'action de la Communauté vise à encourager la coopération entre les Etats membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action dans les domaines suivants : (...) la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel* » (art. 128, devenu 151 TCE – puis 167 TFUE). En 1993 est ensuite créée une direction « politique audiovisuelle » au sein de la Commission. Toutes ces mesures témoigneraient de la résistance au courant libéral et au « tout au marché » au sein même des institutions européennes, dans le domaine de la radio-télévision<sup>62</sup>. Un premier cadre réglementaire est également adopté à l'égard des télécommunications par satellite en 1994<sup>63</sup>.

Cette première étape n'a cependant pas donné tous les effets escomptés. Les opérateurs dits « *historiques* », propriétaires ou exploitants exclusifs des réseaux, utilisent leur monopole pour freiner la concurrence. Le développement américain des « autoroutes de l'information » et l'expansion d'Internet conduisent à une deuxième vague de libéralisation, qui concerne cette fois également les infrastructures – en ce compris la télédistribution – et la téléphonie vocale. Cette seconde vague de libéralisation permet notamment de définir le service universel des télécommunications au niveau européen<sup>64</sup>. Elle permet surtout l'émergence d'opérateurs alternatifs, libre de développer leur propre réseau câblé ou hertzien, ou d'utiliser le réseau existant, sous le contrôle d'une *autorité réglementaire nationale*, terme européen utilisé pour désigner ce qu'on va désormais appeler une *autorité de régulation* en Belgique. La directive TVSF est également

---

<sup>61</sup> Directives 90/387/CEE du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, *J.O.*, L 192, 24 juillet 1990, et 90/388/CEE du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, *J.O.*, L 192, 24 juillet 1990. Voy. à propos de celles-ci A. VALLÉE (1990), « Les états pourront-ils faire l'Europe des télécommunications ? ». Pour les terminaux, la directive 88/301/CEE du 16 mai 1988 est modifiée et complétée par les directives 91/263/CEE du 29 avril 1991, *J.O.*, 23 mai 1991, L 128 ; 93/97/CEE du 29 octobre 1993, *J.O.*, 24 novembre 1993, L 290 ; remplacées par les directives 98/13/CE du 12 février 1998, *J.O.*, 12 mars 1998, L 74 ; puis 1999/5/CE du 9 mars 1999, *J.O.*, 7 avril 1999, L 91.

<sup>62</sup> J.F. POLO (2003), « La naissance d'une direction audiovisuelle à la commission : la consécration de l'exception culturelle », pp. 23 et s. ; J.F. POLO (2001), « La relance de la politique audiovisuelle européenne : Les ressources politiques et administratives de la DG X » ; C.J.C.E., arrêt *Elliniki Radiophonia Tileorassi A.E. et autres* du 18 juin 1991, C-260-89.

<sup>63</sup> Directive 94/46/CE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellite, *J.O.*, L 268, 19 octobre 1994. Voy. S. LE GOUEFF (1996), « Satellite services: the European regulatory framework ».

<sup>64</sup> Directives 95/51/CE du 18 octobre 1995 modifiant la directive 90/388/CEE de la Commission en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, *J.O.*, 26 octobre 1995, L 256 ; 96/19/CE du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE de la Commission en ce qui concerne l'instauration de la concurrence dans les marchés de télécommunications, *J.O.*, 22 mars 1996, L 74 ; 97/13/CE du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, *J.O.*, 7 mai 1997, L 117 ; 97/33/CE du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *J.O.*, 26 juillet 1997, L 199 ; règlement 2887/2000/CE du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, *J.O.*, 30 décembre 2000, L 336.

adaptée aux évolutions des techniques et du marché<sup>65</sup>. Mais surtout, un nouveau protocole sur le système de radiodiffusion publique des Etats membres est annexé au Traité d'Amsterdam, signé en 1997. Celui-ci déclare « *que la radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias* », et en conclut que « *les dispositions des traités sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre (...)* ». Ce protocole consacre la volonté européenne de maintenir des chaînes de service public face à la concurrence privée, et ce contrairement aux évolutions parallèles des télécommunications.

Le droit européen est cependant très rapidement en retard sur l'évolution technologique. Dès 1999, la Commission européenne s'en préoccupe. La convergence des infrastructures de télécommunications est devenue un fait incontestable. Les réseaux câblés et hertziens vont bientôt permettre d'offrir le téléphone, la télévision et Internet (offre souvent appelée « *triple play* »), et bien d'autres services encore. Le droit européen intègre cette nouvelle réalité dans une troisième vague réglementaire en 2002 qui renforce significativement le rôle des autorités nationales de régulation à l'égard des opérateurs dits « *puissants sur le marché* ». Il définit désormais un réseau comme « *les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertziennne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (...) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique (...), les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision (...)* », et adopte un important cadre réglementaire fondé sur cette convergence technologique et sur la concurrence dans les réseaux et les services de *communications électroniques*, qui incluent désormais les communications par satellites et l'ensemble du secteur de la radio-télévision<sup>66</sup>. A cet égard, il est important de signaler que le contenu des services de radiodiffusion demeure étranger au cadre réglementaire. L'objectif de cette réglementation est de « *ramener le marché des télécommunications de manière progressive vers une application des règles générales de concurrence. Ceci ne pourra se produire de suite, parce que ce marché continue à connaître des phénomènes de dominance importants* »<sup>67</sup>, ce qui explique l'étendue du cadre réglementaire et de la régulation du marché qu'il impose.

<sup>65</sup> Par la directive 97/36/CE du 30 juin 1997, *J.O.*, L 202, 30 juillet 1997.

<sup>66</sup> Art. 2, a) de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, et les autres directives 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, 2002/20/CE du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, 2002/19/CE du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, ainsi que la décision n° 676/2002/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne, toutes publiées au *J.O.*, L 108, 24 avril 2002 ; et les directives 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.*, L 201, 31 juillet 2002 ; et 2002/77/CE du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, *J.O.*, L 249, 17 septembre 2002.

<sup>67</sup> F. DEHOUSSE, Th. VERBIEST, T. ZGAJEWSKI (2007), *op.cit.*, p. 87.

Une quatrième étape survient en 2009, à l'occasion d'une nouvelle révision du cadre réglementaire des communications électroniques. Celle-ci entend alléger certaines procédures administratives, particulièrement lourdes, et renforce le rôle et le contrôle de la Commission européenne. Elle crée surtout un *Organe des régulateurs européens des communications électroniques* (ORECE – BEREC en anglais pour *Body of European Electronic Regulatory Authorities for Electronic Communications*), réunissant les autorités réglementaires nationales, chargé officiellement de développer et de diffuser, auprès de celles-ci, les meilleures pratiques réglementaires, de coordonner leurs actions, et d'émettre des avis et des recommandations à l'attention des autorités européennes. Les directives de 2009 entendent enfin renforcer l'indépendance et l'impartialité des autorités réglementaires nationales<sup>68</sup>. En parallèle avec cette révision du cadre réglementaire des communications électroniques, est aussi votée une nouvelle directive dans le domaine de l'audiovisuel, qui remplace la directive TVSF. Le principal mérite de celle-ci est d'avoir intégré les services audiovisuels *non linéaires*, c'est-à-dire un service dit « *à la demande* », par opposition avec la radio ou la télévision que l'on connaissait jusqu'alors. Elle accroît par ailleurs fortement la libéralisation dans le domaine publicitaire tout en prétendant – mais la réalité de cette prétention est plutôt contestée – favoriser la diversité culturelle et linguistique<sup>69</sup>.

Ces étapes successives démontrent l'impact considérable que l'Europe entend exercer sur les réglementations et, à travers elles, les pratiques nationales. Elles dessinent un droit européen qui prive les Etats membres d'une grande part de leur marge d'appréciation, en particulier pour déterminer l'étendue de services d'intérêt économique général ou du service universel de télécommunication.

A côté de ces fonctions de réglementation, l'Union européenne s'est aussi découverte certaines velléités de prestation et d'exploitation de services qui présentent des similitudes interpellantes, à un niveau européen, avec les missions de service public existants au niveau national. L'exemple le plus emblématique est celui du projet Galileo, lancé au milieu des années 1990, en vue de constituer « *le système global de navigation par satellite de l'Europe* », et permettant de concurrencer le GPS américain. Ce projet est mené en collaboration avec l'Agence spatiale européenne. Une fois construit, Galileo devrait bénéficier d'un statut tout à fait unique, puisqu'il serait la première infrastructure commune produite et financée par l'Union européenne, qui en sera également propriétaire, rappelant ces premiers *services publics internationaux* qu'ont été INTELSAT et EUTELSAT (voy. *supra*, deuxième partie). Reste à voir si l'Europe pourra ou voudra résister à la pression concurrentielle dans ce domaine<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE précitée, la directive 2002/58/CE précitée (...); directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE précitée, 2002/19/CE précitée, et 2002/20/CE précitée; ainsi que le règlement n° 1211/2009 du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office, tous publiés au *J.O.*, L 337, 18 décembre 2009. L'ORECE succède à l'ERG – *European Regulatory Group*, créé par la Commission européenne en 2002. Voy. son site internet, encore hébergé à l'adresse [www.erg.eu.int](http://www.erg.eu.int). Voy. sur cette réforme D. STEVENS (2010), *op.cit.*, pp. 83-99.

<sup>69</sup> La directive TVSF est révisée par la directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007, et l'ensemble est coordonné au sein de la nouvelle directive 2010/13/UE du 10 mars 2010 Services de médias audiovisuels, *J.O.*, L 95, 15 avril 2010, dite « directive SMA ». Voy. notamment F. JONGEN (2010), *op.cit.*, pp. 170-174.

<sup>70</sup> Voy. notamment l'historique du projet retracé dans le Rapport spécial n° 7/2009 de la Cour des comptes européenne, « La gestion de la phase de développement et de validation du programme Galileo », adopté le 14 mai 2009, et disponible sur [www.eca.europa.eu](http://www.eca.europa.eu).

## 2) Les rôles contrastés des autres institutions internationales et européennes

De nombreux acteurs nationaux et internationaux constatent la forte réduction du rôle de l'*Union internationale des télécommunications* dans les évolutions réglementaires qui ont marqué les deux dernières décennies. Celle-ci a pourtant bien essayé de se réformer, notamment par l'adoption d'une Constitution dès 1989 ; elle a tenté de laisser son empreinte en matière technique, mais aussi de soutenir les processus de libéralisation menés dans l'ensemble des pays occidentaux. Ses engagements dans les pays en voie de développement semblent par contre avoir été sévèrement critiqués. Rien n'y fait, l'UIT comme la Convention internationale des télécommunications sortent considérablement affaiblis de ces vingt dernières années<sup>71</sup>. Outre l'engagement marqué de l'Union européenne dans ce secteur, c'est principalement à cause de l'*Organisation mondiale du commerce* (OMC), au sein de laquelle un accord spécifique est conclu sur la libéralisation des services de télécommunications, sur la base d'un compromis minimal entre le droit européen et américain. C'est d'ailleurs la Commission européenne, preuve de son influence croissante, qui mène les négociations au nom de ses Etats membres<sup>72</sup>.

Internet entraîne également diverses coopérations internationales, en dehors de l'UIT, dont une des plus importantes est l'ASBL de droit américain ICANN (pour *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), chargée d'attribuer les noms de domaine (ou adresses) sur Internet. Celle-ci est particulièrement contestée parce qu'elle cumule un rôle de régulation des noms de domaine et le monopole commercial de ceux-ci. La libéralisation prochaine de ce monopole est cependant annoncé<sup>73</sup>.

La *Conférence européenne des postes et télécommunications* (CEPT) continue à jouer un rôle de liaison entre les Etats et l'UIT, mais qui décline en même que cette dernière. C'est cependant en son sein qu'émergent les premiers débats relatifs à la norme technique à utiliser pour la téléphonie mobile, ou que se discutent encore le plus souvent la répartition des fréquences radio sur le territoire européen<sup>74</sup>. Un *Observatoire européen de l'audiovisuel* est également institué en 1992, sous la forme d'une organisation européenne de service public. Elle a pour principale mission de collecter, traiter et publier des informations relatives au secteur audiovisuel européen<sup>75</sup>. Enfin, l'*Union Européenne de Radio-Télévision* (UER), conformément au nom qu'elle adopte en 1992, a absorbé l'OIRT, sa rivale de la Guerre froide, et représente désormais les chaînes de radio-télévision publique de plus de cinquante pays euro-méditerranéens. Elle reste principalement connue pour son projet Eurovision. Face à elle s'est créée

---

<sup>71</sup> J.L. FULLSACK (2005), « L'UIT, acteur déterminant dans l'évolution néolibérale du secteur des télécommunications »,

<sup>72</sup> P. LAROUCHE (2004), *op.cit.* ; D. GÉRARDIN, D. LUFF (2004), *The WTO and global convergence in telecommunications and audio-visual services* ; J.F. POLO (2001), « La relance de la politique audiovisuelle européenne... », *op.cit.*, pp. 9-11 ; F. DEHOUSSE, T. ZGAJEWSKI (1999), « De l'UIT à l'OMC : les mutations du droit international des télécommunications » ; J.M. WARÈGNE (1994), « Le GATT et l'audiovisuel ».

<sup>73</sup> P. BARBET (2010), « Le marché des noms de domaine à l'aube du « Big Bang » de la libéralisation », *Revue internationale de droit économique*, 2010, pp. 373-393.

<sup>74</sup> L. LABORIE (2008), « Concurrence et changement technique. De la norme au marché, la trajectoire "unique" de la téléphonie mobile en Europe depuis les années 1980 » ; B. THÉRY (2008), « Gestion des fréquences radioélectriques ».

<sup>75</sup> OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL, *10 ans de transparence dans le secteur de l'audiovisuel* – disponible sur [www.obs.coe.int](http://www.obs.coe.int).

*l'Association des Télévisions Commerciales européennes*, pour représenter les intérêts de ces nouveaux acteurs<sup>76</sup>.

## **B. Public-privé : la fin des monopoles et la redéfinition de l'exploitation publique**

La convergence technologique décrite en introduction de ce chapitre s'accompagne donc d'un très large mouvement de libéralisation des activités de télécommunications imposé par l'Union européenne. Ce mouvement conduit à une double redéfinition du rôle de l'Etat dans ce secteur. D'une part, au niveau de l'exploitation, les activités de service public vont être de plus en plus limitées et précisées. D'autre part, au niveau du contrôle et de la réglementation, l'administration centrale va progressivement déléguer ses fonctions à des autorités administratives indépendantes chargées de la régulation des différentes activités concernées, qu'elles soient publiques ou privées. Une fois la place du secteur public ainsi redéfinie, les gouvernants vont également tenter de s'adapter progressivement à la convergence technologique entre les télécommunications et l'audiovisuel.

La chronologie des différentes réformes en Belgique suit, à chaque fois avec un peu de retard, celle de l'Europe. Elle est d'abord tracée dans les activités convergentes par excellence, à savoir l'exploitation des réseaux (1). Les services offerts sont ensuite examinés par catégorie (2), avant de mettre l'accent sur le rôle des principales autorités de régulation chargées du secteur des télécommunications en Belgique (3).

### *1) Les réseaux de communications électroniques*

#### α - Des infrastructures publiques spécialisées (1990-1995)

Malgré l'importance des progrès technologiques, les réseaux de communications électroniques restent spécialisés au début des années 1990 : l'un sert aux télécommunications, l'autre à la télédistribution ; les antennes radio sont également différentes selon qu'elles transmettent des chaînes de radio, de télévision, des communications téléphoniques, ou qu'elles servent directement les télédistributeurs. Trois réglementations existent d'ailleurs, continuant le régime juridique en vigueur depuis les années 1970 : une pour les réseaux de télécommunications, une pour les réseaux de radio- et télédistribution, et une pour les radiocommunications.

C'est la réglementation des **télécommunications** qui connaît la première évolution importante, avec la vaste réforme mise en œuvre par la loi du 21 mars 1991. Cette loi précise notamment le monopole public de la RTT – qui prend le nom de *Belgacom* – en matière d'infrastructures : il est réduit à « *l'établissement, la maintenance, la modernisation et le fonctionnement de l'infrastructure publique des télécommunications* ». Cette tâche est qualifiée de *mission de service public*, justifiant l'exclusivité accordée à Belgacom. L'objectif affiché est de mettre en place un réseau dit « *ouvert* », connecté aux autres réseaux européens, et permettant la prestation de tout

---

<sup>76</sup> « 50 ans d'Union », *Diffusion UER*, Hiver 1999-2000, pp. 28-29, et les sites internet [www.ebu.ch](http://www.ebu.ch) et [www.acte.be](http://www.acte.be).

service de télécommunications<sup>77</sup>. En compensation de son monopole, Belgacom est tenue de transformer son réseau téléphonique en un *réseau numérique à intégration de services* (RNIS)<sup>78</sup>, permettant d'offrir davantage de services sur une même ligne téléphonique. Elle développe aussi fortement son réseau de mobilophonie, qu'elle adapte à la nouvelle technique GSM<sup>79</sup>. La loi de 1991 soumet par ailleurs toute installation non publique de télécommunications à un régime d'autorisation et à des conditions strictes, visant principalement à empêcher le développement de réseaux parallèles à celui de Belgacom. Par contre, le marché des « *appareils terminaux* » (téléphones, télécopieurs, modems, ...) est totalement libéralisé, et Belgacom n'y dispose plus d'aucun privilège. Seule une procédure d'agrément est maintenue, qui a principalement pour objectif d'éviter tout dommage technique à l'infrastructure publique<sup>80</sup>.

L'Etat met parallèlement en place, au début des années 1990, une nouvelle infrastructure câblée de télécommunications et des services informatiques, réservés aux institutions de recherche scientifique et aux administrations publiques. Ce réseau prend le nom de *Belnet* et demeure jusqu'à ce jour tout à fait étranger à Belgacom, qu'il concurrence<sup>81</sup>.

Le régime juridique des **infrastructures de radio- et télédistribution** évolue également en 1991, non par l'effet d'une loi, mais bien d'un arrêt de la Cour d'arbitrage. Cet arrêt confirme que les communautés exercent seules leur compétence en matière de radiodiffusion, à l'exclusion de l'Etat fédéral<sup>82</sup>. Suite à cette décision, les deux communautés s'arrogent le contrôle technique des réseaux de télédistribution et se réservent le droit d'autoriser ceux-ci. La complexité fédérale belge les empêche cependant d'exercer leur compétence dans la Région bruxelloise, où le législateur fédéral est demeuré compétent pour les matières bi-communautaires. Ce dernier adopte par conséquent une loi nouvelle en 1995 pour cette seule région, et impose également un régime d'autorisation<sup>83</sup>. Autre résidu fédéral en matière de télédistribution, le réseau hertzien monopolisé par Belgacom assure encore quelques années la transmission des chaînes de télévision étrangères aux télédistribeurs et leur fournit une connexion par les ondes entre leurs différents réseaux câblés. Ce réseau va cependant disparaître, au

---

<sup>77</sup> Art. 58, 82, et 84 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991.

<sup>78</sup> En anglais : *Integrated Services Digital Network* (ISDN).

<sup>79</sup> Voy. les obligations imposées à Belgacom à cet égard aux articles 4, 5 et 7 du premier contrat de gestion approuvé par arrêté royal du 19 août 1992, *M.B.*, 4 septembre 1992 ; et le rapport au roi précédant l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM, *M.B.*, 8 avril 1995.

<sup>80</sup> Art. 91 à 96 de la loi précitée du 21 mars 1991, *M.B.*, 27 mars 1991, et leur modification par la loi du 3 juillet 2000, *M.B.*, 13 juillet 2000.

<sup>81</sup> Projet de loi, *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1998-1999, n° 2108/1, pp. 1-2 ; loi du 7 mai 1999 portant création, au sein des Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, d'un service de l'Etat à gestion séparée dénommé "Réseau télématique belge de la recherche, BELNET", *M.B.*, 17 août 1999 ; voy. également le site internet de l'institution, [www.belnet.be](http://www.belnet.be), et en particulier le rapport annuel 2008 qui célèbre les 15 ans de Belnet.

<sup>82</sup> C.A., arrêt n° 1/91 du 7 février 1991 ; voy. également les autres décisions citées par S. BAZZANELLA, Ph. GERARD (1997), *op.cit.*, pp. 81 et 89.

<sup>83</sup> Art. 20 à 24 du décret de la CF du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, *M.B.*, 22 août 1987, tels que modifiés par décret du 19 juillet 1991, *M.B.*, 2 octobre 1991 ; art. 105 à 116 des décrets flamands relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, *M.B.*, 30 mai 1995 ; loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 22 février 1996.

profit de la captation directe des chaînes étrangères par les satellites de télécommunications, et grâce à l'installation de liaisons câblées entre les réseaux des télédistributeurs<sup>84</sup>. Le régime général d'autorisation interdit donc, en principe et depuis 1930, tout monopole sur les réseaux câblés. En pratique, cependant, « *il n'existe aucun cas où les autorités communales aient souhaité mettre en concurrence (...) deux ou plusieurs acteurs susceptibles d'offrir un service de distribution de programmes de télévision* »<sup>85</sup>.

Le régime général d'autorisation en matière de **radiocommunications**, organisé par la loi du 30 juillet 1979, est également affecté par l'arrêt de la Cour d'arbitrage. L'Etat fédéral conserve, certes, sa compétence de police générale des ondes, en ce compris le contrôle de la conformité technique générale des infrastructures de radiodiffusion et de télévision. Mais l'attribution des fréquences de radiodiffusion est désormais considérée comme une compétence exclusive des communautés, et le régime de double autorisation est ainsi supprimé. Les réseaux hertziens de la BRTN, de la RTBF et des radios et télévisions privées ou locales, tenus de répondre aux exigences techniques fédérales, ne sont donc plus autorisés que par les communautés. Celles-ci doivent dès lors coopérer, pour éviter toute nuisance radioélectrique et répartir équitablement le spectre des fréquences. En pratique, cependant, cette coopération va s'avérer extrêmement difficile, et l'attribution des fréquences aux radios publiques et privées va devenir un nouveau lieu de tensions politiques et juridiques entre les deux grandes communautés<sup>86</sup>.

La grande majorité des infrastructures énumérées sont donc encore aux mains des pouvoirs publics en 1995. Belgacom en a d'ailleurs explicitement le monopole pour les réseaux publics de télécommunications, alors que les réseaux de télédistribution sont principalement aux mains d'intercommunales pures ou mixtes. Les plus puissantes infrastructures hertziennes, enfin, appartiennent aux organismes publics de radiodiffusion ou à Belgacom (RTL-TVi et VTM, seules concurrentes privées des télévisions publiques, ne sont en effet accessibles que par le câble de télédistribution).

## β - La libéralisation des infrastructures (1996-2002)

Avant même l'adoption de la réglementation européenne, le mouvement de libéralisation est lancé en Belgique grâce à l'expansion fulgurante de la téléphonie mobile. Le nouveau réseau de Belgacom, qui prend la dénomination commerciale de *Proximus*, utilise la technologie GSM et est ouvert en 1994. Son succès commercial, cumulé à la politique de libéralisation européenne, incite le gouvernement à ouvrir la téléphonie mobile à la concurrence et à autoriser la mise en place d'infrastructures alternatives de télécommunications. Cela permet au nouvel opérateur *Mobistar* d'ouvrir

---

<sup>84</sup> L'article 2, alinéa 2 de la loi du 30 juillet 1979, qui autorisait ce réseau, est abrogé par l'article 104 de la loi du 20 décembre 1995, *M.B.*, 23 décembre 1995 ; voy. C. DELTENRE, J.L. ERNEUX (1993), « Belgique. Des protagonistes de la TV par câble aux grands groupes », pp. 143-144.

<sup>85</sup> M. MINON (1997), « L'avenir des réseaux câblés », p. 12.

<sup>86</sup> Arrêté royal du 10 janvier 1992 réglementant la radiodiffusion sonore en modulation de fréquence dans la bande 87,5 MHz - 108 MHz, *M.B.*, 20 mars 1992) ; art. 95 à 98 des décrets flamands précités coordonnés le 25 janvier 1995 ; art. 37bis du décret précité de la CF du 17 juillet 1987, inséré par décret du 19 juillet 1991, *M.B.*, 2 octobre 1991. Voy. Ph. CAUFRIEZ, E. LENTZEN (2009), « Trente ans de radio en Communauté française (1978-2008) », pp. 21-26 ; S.P. DE COSTER (1998), « Les radios privées en Communauté française et le Conseil d'Etat ».

son propre réseau GSM en 1996 ; de même pour un troisième opérateur, *Orange* (qui prend ensuite le nom de *Base*), en 1999<sup>87</sup>.

La libéralisation est surtout consacrée par l'importante loi modificative du 19 décembre 1997. Celle-ci instaure un système d'autorisation individuelle généralisé pour l'établissement et l'exploitation des réseaux publics de télécommunications, mettant définitivement fin au monopole légal de Belgacom en matière d'infrastructures. Cette dernière reste néanmoins, en pratique, seule prestataire des missions de service public ou de *service universel* relatives aux infrastructures, à savoir principalement la fourniture, l'entretien et la réparation des lignes individuelles d'accès au réseau<sup>88</sup>. Pour permettre la concurrence, des obligations spécifiques sont imposées à tous les opérateurs : ils doivent principalement interconnecter les réseaux qu'ils installent, et donc permettre aux abonnés d'un opérateur de communiquer avec les abonnés d'un autre opérateur. Par ailleurs, tout opérateur « *qui détient une position significative sur le marché et qui est désigné comme tel* » est qualifié de « *puissant* », et soumis à ce titre à des obligations supplémentaires envers les autres opérateurs. C'est d'abord Belgacom qui est visée, et notamment tenue de donner certains accès à son réseau et de l'interconnecter moyennant des tarifs « *orientés sur les coûts* » et des conditions non discriminatoires<sup>89</sup>. Rapidement, d'autres opérateurs sont également considérés comme « *puissants* », dans les réseaux mobiles : la filiale mobile de Belgacom, d'abord, en 2000, et Mobistar, ensuite, en 2002<sup>90</sup>.

Le nombre d'autorisations qui peut être accordé n'est pas limité. Vingt licences de réseau public de télécommunications sont déjà attribuées en 1999, notamment aux nouveaux opérateurs GSM et aux principaux télédistributeurs (Telenet, Brutélé, Coditel, ...). En pratique cependant, aucun des nouveaux réseaux fixes n'est développé jusque dans les habitations ; de tels travaux sont considérés comme économiquement disproportionnés et inefficaces. Ces nouveaux réseaux sont plutôt connectés aux centraux téléphoniques locaux ou régionaux de Belgacom et utilisent ensuite la « *boucle locale* » de celle-ci pour offrir leurs services<sup>91</sup>. Seuls les télédistributeurs disposent de leur propre réseau local. Pour les réseaux mobiles, par contre, la rareté des fréquences disponibles impose de conserver des fréquences spécialisées – une bande de fréquences ne correspond en général qu'à une catégorie de services<sup>92</sup> –. Cela nécessite de limiter l'octroi d'une licence à seulement trois opérateurs. Ceux-ci sont soumis, jusqu'en 2005,

---

<sup>87</sup> Art. 89, §2bis de la loi précitée du 21 mars 1991, inséré par la loi du 12 décembre 1994, *M.B.*, 22 décembre 1994 ; arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM, *M.B.*, 8 avril 1995 et ses modifications ; arrêté royal du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800, *M.B.*, 5 décembre 1997.

<sup>88</sup> Art. 103 de la loi du 20 décembre 1995 portant des dispositions fiscales, financières et diverses, *M.B.*, 23 décembre 1995 ; art. 82 à 84, 86bis et 92bis de la loi précitée du 21 mars 1991, remplacés par la loi du 19 décembre 1997, *M.B.*, 30 décembre 1997. Voy. l'arrêté royal d'exécution du 22 juin 1998, *M.B.*, 24 juillet 1998 et ses nombreuses modifications.

<sup>89</sup> Art. 68, 22° et 24°, 105undecies, 106, 109, 109ter de la loi précitée du 21 mars 1991, insérés par la loi du 19 décembre 1997, *M.B.*, 30 décembre 1997, et leurs modifications ultérieures ; F. DEHOUSSE, T. ZGAJEWSKI (2003), « Le secteur des télécommunications en Belgique : quel bilan après cinq ans de concurrence ? », pp. 44-50.

<sup>90</sup> Rapports annuels de l'IBPT pour l'année 2000, p. 11 ; et 2002, pp. 18-19 – disponibles sur [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be) –.

<sup>91</sup> Arrêté royal du 12 décembre 2000 modifiant l'arrêté royal précité du 22 juin 1998, *M.B.*, 29 décembre 2000, et les décisions administratives de l'IBPT y relatives, publiées sur son site internet, [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

<sup>92</sup> Voy. le Plan de fréquences national publié et adapté en permanence sur le site [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be).

à la fois au régime d'autorisation de la loi du 30 juillet 1979 et à celui mis en place par la loi du 19 décembre 1997, ce que la doctrine ne va pas manquer de critiquer<sup>93</sup>.

A la suite de *Belnet*, l'Etat décide en 1998 de créer un nouveau réseau de radiocommunications réservé aux services de secours et de sécurité. Le projet, comme la société publique qui l'exploite, est dénommé *ASTRID*. Le réseau entre en service en 2001, et couvre l'ensemble du territoire depuis 2007. Son entretien et sa mise à disposition des services de secours et de sécurité sont considérés comme des missions de service public. La société est en outre autorisée, depuis 2004, à fournir des services sur une base commerciale<sup>94</sup>.

Le droit d'installer des infrastructures de télécommunications, en ce compris pour la télédistribution, les radiocommunications et la radio-télévision<sup>95</sup>, est donc désormais ouvert à la concurrence, tout en restant soumis à un régime d'autorisation ou de licence préalable. En pratique, les opérateurs privés développent surtout les nouveaux réseaux GSM, les réseaux des radios privées et, très progressivement, les réseaux câblés centraux (les fameuses « *autoroutes* » de l'information, reliées à la « *boucle locale* » de Belgacom). Les infrastructures publiques demeurent néanmoins prépondérantes, le réseau local étant même monopolisé par Belgacom, d'une part (moyennant un droit d'utilisation par les autres opérateurs), et les télédistribeurs, d'autre part.

#### γ - La convergence des réseaux de communications électroniques (2002-2010)

La transposition belge du cadre réglementaire européen de 2003 s'est avéré particulièrement problématique, eu égard à un obstacle déjà quelques fois évoqué : celui de la répartition des compétences entre l'Etat et les communautés. Au nom des télécommunications ou de l'audiovisuel, tous peuvent désormais réclamer la compétence de légiférer sur les réseaux, ce que la Cour d'arbitrage n'a pas manqué de souligner, dès 2004 : « *les compétences de l'Etat fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération* »<sup>96</sup>. La solution qui a été trouvée est, à nouveau, loin d'être simple : l'Etat fédéral (également compétent pour l'audiovisuel "bilingue" dans la Région bruxelloise) et les trois communautés rédigent chacun leur propre législation et, lorsque nécessaire,

---

<sup>93</sup> F. DEHOUSSE, T. ZGAJEWSKI (1999), *op.cit.*, p. 27 ; S. BAZZANELLA, Ph. GERARD (1997), *op.cit.*, p. 103, note 298. Voy. aussi l'art. 3, alinéa 4 de la directive 90/388/CEE du 28 juin 1990 précitée, tel qu'inséré par la directive 96/19/CE du 13 mars 1996.

<sup>94</sup> Pour « *All-round Semi-cellular Trunking Radiocommunication Network with Integrated Dispatching* ». Voy le projet de loi, *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1997-1998, n° 1435/1, pp. 1-3 ; la loi du 8 juin 1998 relative aux radiocommunications des services de secours et de sécurité, *M.B.*, 13 juin 1998 ; l'arrêté royal d'exécution du 21 décembre 2004, *M.B.*, 15 février 2005 ; ainsi que le site internet de la société, [www.astrid.be](http://www.astrid.be).

<sup>95</sup> Voy. *supra*, les références citées aux notes 82 et 85 ; ainsi que les art. 29 à 40 du décret de la CF du 24 juillet 1997 relatif au Conseil supérieur de l'audiovisuel et aux services privés de radiodiffusion sonore de la Communauté française, *M.B.*, 29 août 1997, qui ne seront cependant jamais mis en œuvre (voy. Ph. CAUFRIEZ, E. LENTZEN (2009), *op.cit.*, pp. 37-45).

<sup>96</sup> C.A., arrêt n°132/2004 du 14 juillet 2004, considérant B.6.2 ; C.A., arrêt n°128/2005 du 13 juillet 2005 ; C.A., arrêt n°163/2006 du 8 novembre 2006. Voy. D. STEVENS (2005), « *De bevoegdheidsverdeling in de elektronische communicatie : van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp ?* ».

se concertent, conformément à l'accord de coopération qu'ils ont conclu en 2006<sup>97</sup>. Un même réseau est donc soumis à des règles différentes, selon les services (de télécommunications ou audiovisuels) qu'il permet d'offrir.

Les cinq législations belges<sup>98</sup> (!), conformément au cadre européen, soumettent désormais les réseaux à un simple régime de notification, assorti de règles visant à assurer une concurrence loyale (notamment l'interconnexion des réseaux et les obligations pesant sur les opérateurs puissants sur un marché). Dès qu'un opérateur remplit les conditions générales déterminées au préalable par l'autorité publique, il suffit donc qu'il notifie son intention d'établir un réseau pour avoir le droit de l'exploiter. En pratique, Belgacom demeure à ce jour le seul opérateur considéré comme puissant dans les réseaux fixes, et soumis à ce titre à l'obligation de donner accès à la majeure partie de son réseau. Elle reste également la seule prestataire du service universel relatif à l'accès aux réseaux fixes.

Le nombre d'autorisation ne demeure limité que pour l'utilisation des fréquences, spécialisées par catégories de services. C'est l'IBPT qui assigne les fréquences à toutes les stations de radiocommunication, sauf celles réservées aux stations de radiodiffusion, pour lesquelles les trois communautés sont responsables – compétence communautaire qui demeure source de vives tensions politiques et juridiques jusqu'en 2008<sup>99</sup> –. L'attribution des fréquences doit en principe se fonder sur un appel à candidatures, « *sans préjudice des critères et procédures particuliers adoptés par les États membres pour octroyer le droit d'utilisation des radiofréquences à des fournisseurs de contenu de radio ou de télédiffusion, en vue de réaliser des objectifs d'intérêt général* », précise la directive dite "autorisation" de 2002<sup>100</sup>. En d'autres termes, les organismes publics de radiodiffusion ne doivent pas être mis en concurrence pour obtenir une fréquence, aussi longtemps que les missions qui leur sont attribuées le justifient. C'est la principale exception au règne de la concurrence dans les réseaux de communications électroniques.

---

<sup>97</sup> Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, *M.B.*, 28 décembre 2006 ; voy. D. STEVENS (2010), *op.cit.*, pp. 101-244 ; P. WERNER (2008), « Télécommunication, radiodiffusion... et coopération - La fin d'une saga politico-judiciaire ? ».

<sup>98</sup> Fondée sur la compétence en matière de télécommunications : art. 9 à 28 et 50 à 67 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005. Fondées sur la compétence en matière audiovisuelle : pour la Communauté flamande : art. 118 à 144 des décrets flamands relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 4 mars 2005, *M.B.*, 8 avril 2005 (*err.* 24 novembre 2005), et remplacés par les art. 189 à 205 du décret flamand du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 30 avril 2009 ; pour la Communauté française : art. 90 à 122 du décret de la CF du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, *M.B.*, 17 avril 2003, et remplacés par les art. 90 à 125 du décret de la CF sur les services de médias audiovisuels, coordonné le 26 mars 2009, *M.B.*, 24 juillet 2009 ; pour la Communauté germanophone : art. 42 à 85 du décret germanophone du 27 juin 2005, *M.B.*, 6 septembre 2005 ; pour les réseaux bi-communautaires à Bruxelles : art. 4 à 12*bis* et 40/9 à 40/13 de la loi précitée du 30 mars 1995, telle que modifiée par la loi du 16 mars 2007, *M.B.*, 5 avril 2007. En tout, plus de 150 articles de loi qui répètent cinq fois la même législation européenne.

<sup>99</sup> Ph. CAUFRIEZ, E. LENTZEN (2009), *op.cit.*, pp. 53-64. La situation est relativement apaisée depuis l'entrée en vigueur de l'accord de coopération précité et des plans de fréquence communautaire qui l'ont suivi.

<sup>100</sup> Art. 5, §2 de la directive 2002/20/CE précitée du 7 mars 2002. Voy. en particulier les art. 12 à 24, 39 et 43 de la loi précitée du 13 juin 2005 et l'arrêté royal d'exécution du 18 décembre 2009, *M.B.*, 30 décembre 2009 ; ainsi que, pour les communautés, les dispositions citées à la note 97.

Les organismes publics de télécommunications et de radio-télévision ont cependant conservé la propriété de leurs infrastructures, souvent héritées du passé, et les ont constamment modernisées. Les réseaux de Belgacom et ses filiales, de Belnet, Astrid, Tecteo (nouvelle dénomination de l’ALE), Brutélé, de la RTBF, la VRT (nouvelle dénomination de la BRT) et la BRF, demeurent en 2010 largement majoritaires par rapport à ceux des entreprises privées ; Belgacom est par ailleurs seule chargée des missions de service public ou de service universel liées aux infrastructures. Ni le processus de libéralisation, ni l’évolution technologique n’ont donc supprimé la nette prééminence du secteur public dans les réseaux de télécommunications. Ces deux mutations ont néanmoins permis l’émergence de réseaux et d’entreprises privées capables de concurrencer les infrastructures publiques, mais également de voir les réseaux publics se concurrencer mutuellement.

## 2) *Les services de communications électroniques*

Les services qui peuvent être offerts au moyen des réseaux de télécommunications se sont multipliés entre 1990 et 2010, en particulier grâce aux progrès informatiques, à Internet et à la croissance exponentielle des capacités de transmission. L’offre de services des organismes publics a, certes, évolué en parallèle, mais reste néanmoins centrée sur ses activités historiques : le téléphone d’une part, la radio-télévision de l’autre, en ce compris la télédistribution. Contrairement à l’exploitation des réseaux, le secteur privé a fortement investi les services de communications électroniques, et y a aujourd’hui globalement dépassé l’activité publique. L’examen par catégorie de services révèle cependant encore certaines disparités à cet égard.

### α - Les services vocaux

Deux services dits « *vocaux* » se distinguent entre 1990 et 2010 : le téléphone fixe et le téléphone mobile (ou GSM), le second grignotant chaque année un peu plus la part de marché du premier. Le GSM modifie d’ailleurs significativement le paysage des télécommunications, dont disparaissent le télégraphe, le télex ou le sémaphone. Il justifie aussi la réduction (et bientôt sans doute la suppression) des cabines téléphoniques publiques.

Ces deux services sont considérés par la loi du 21 mars 1991 comme des « *services réservés* » ou des « *missions de service public* », concédés à Belgacom. Les nouveaux services de mobilophonie basé sur la norme GSM sont ainsi offerts par *Proximus* à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1994. La même année – d’aucuns ne manquent pas de relever la coïncidence –, la mobilophonie, comme on l’appelle encore, est ouverte à la concurrence, notamment sous la pression de la Commission européenne, qui considère le monopole de Belgacom comme contraire au droit européen<sup>101</sup>. Cette libéralisation ne devient cependant effective qu’avec l’entrée en service du réseau de Mobistar en 1996.

---

<sup>101</sup> Art. 82 à 84 de la loi précitée du 21 mars 1991 ; art. 89, §2bis de la même loi, inséré par la loi du 12 décembre 1994, *M.B.*, 22 décembre 1994 et les arrêtés royaux d’exécution cités à la note 86 ci-dessus. Voy. le rapport de la commission de l’infrastructure, *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1994-1995, n° 1551/3, p. 3 ; P. VERHOEST (2000), *op.cit.*, p.152 ; et le raisonnement de la Commission européenne au considérant 6 de la directive 96/2/CE du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles, *J.O.*, 26 janvier 1996, L 20.

En trois ans, la filiale de Belgacom a donc déjà pu se faire une confortable place sur le marché des communications mobiles, comptabilisant plusieurs centaines de milliers de nouveaux abonnés à ces services.

Entretemps, conformément à l'agenda européen, la libéralisation de la téléphonie fixe est également préparée, et donne naissance en Belgique à la notion de *service universel*. Celui-ci est défini en 1995 par la loi comme la « *fourniture de services de télécommunications permettant l'accès à un ensemble minimal de services définis d'une qualité donnée à tous les utilisateurs indépendamment de leur localisation géographique et à un prix abordable* ». Le principal service concerné est l'accès à un service téléphonique vocal de base, en ce compris un « *service minimum* » permettant notamment d'être appelé par un autre abonné, même en cas de non paiement de la facture téléphonique<sup>102</sup>. Significatif du soutien politique belge à la notion de *service universel*, celui-ci est adopté, et son contenu déterminé, avant l'ouverture à la concurrence des services téléphoniques, prévue pour le 1<sup>er</sup> janvier 1998, et même avant tout texte européen contraignant en la matière. Cette velléité belge ne simplifie cependant pas le paysage juridique de la téléphonie fixe. Celle-ci est à la fois soumise aux missions de service public et aux obligations de service universel, qui ne se recoupent pas exactement, même si elles poursuivent des objectifs communs<sup>103</sup>.

Ce problème est résolu par la loi du 19 décembre 1997, qui ouvre définitivement le marché de la téléphonie à la concurrence, soumettant le service de la « *téléphonie vocale* » (un pléonasse issu du droit européen) à un régime général d'autorisation. Désormais, le service universel – toujours limité à la téléphonie fixe – est une des composantes du « *service public des télécommunications* », conjointement avec des « *services obligatoires* » – à savoir le droit d'accès à d'autres services, notamment télégraphiques, mais à prix coûtant – et des « *missions d'intérêt général* », également désignées comme des « *services d'intérêt général* » – principalement la collaboration à la défense civile et la mise à disposition de lignes téléphoniques et d'Internet aux hôpitaux, écoles et bibliothèques publiques –. Belgacom reste seule chargée d'assurer « *la fourniture du service public des télécommunications sur tout le territoire du royaume* »<sup>104</sup>. C'est la première apparition en droit belge de l'expression européenne de *service d'intérêt général*, certes sous une forme subordonnée à la notion de service public et donc peu compatible avec la notion européenne.

A l'instar des réseaux, la loi du 13 juin 2005 ne prescrit finalement plus qu'un simple régime de notification pour les services téléphoniques. Ceux-ci font désormais partie

---

<sup>102</sup> Art. 68, 16° et 85bis de la loi précitée du 21 mars 1991, insérés par la loi du 20 décembre 1995, *M.B.*, 23 décembre 1995, et l'arrêté royal d'exécution du 28 octobre 1996 portant la liste des services prestés au titre du service universel des télécommunications, *M.B.*, 10 décembre 1996. Voy. notamment les rapport annuel de l'IBPT (1998 à 2008) sur l'évolution du service universel des télécommunications – disponibles sur [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be) (consulté le 27 juillet 2010).

<sup>103</sup> P. DE LOCHT (1999), « Le régime juridique actuel du service universel dans le domaine des télécommunications », pp.39-40.

<sup>104</sup> Art. 82 à 87 et 89 de la loi précitée du 21 mars 1991, tels que remplacés par la loi du 19 décembre 1997, *M.B.*, 30 décembre 1997. Ces dispositions laissent la possibilité à d'autres opérateurs de participer à l'une ou l'autre des composantes du service public, mais cette possibilité ne sera jamais mise en œuvre. Ces articles transposent les directives 96/2/CE du 16 janvier 1996 précitée ; et 95/62/CE du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, *J.O.*, 30 décembre 1995, L 321, remplacée par la directive 98/10/CE du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, *J.O.*, 1<sup>er</sup> avril 1998, L 101.

des services de communications électroniques. Ce qui est remarquable, dans cette réforme, c'est la disparition de la notion faïtière de « *service public des télécommunications* », qui n'est pourtant nulle part commentée ou justifiée, ni dans les travaux préparatoires, ni dans la doctrine. Le service universel a, certes, pris une place considérable. Il est maintenant décliné entre, d'une part, une composante géographique fixe – l'accès à la téléphonie fixe à la résidence principale de l'utilisateur –, en principe ouverte à candidature, mais dans les faits réservée à Belgacom, sous le bénéfice d'une disposition transitoire toujours en vigueur. Et, d'autre part, une composante sociale – des conditions tarifaires particulières pour certaines catégories d'utilisateurs – qui est imposée à tous les opérateurs, en ce compris les opérateurs GSM. C'est la première fois que des opérateurs privés sont soumis à des obligations de service universel. Enfin, des « *services additionnels* » sont également prévus par la loi de 2005, regroupant les services obligatoires et les services d'intérêt général créés par la loi de 1997<sup>105</sup>. La nature exacte de ces services additionnels est particulièrement obscure, bien qu'ils soient en pratique comme en droit toujours confiés à Belgacom. Mais service universel et services additionnels ne sont plus qualifiés dans la loi ni de *service public* ni de *service d'intérêt général*.

Désormais, les services téléphoniques sont donc totalement libéralisés, et soumis – à l'instar des réseaux – aux règles visant à assurer une concurrence loyale. Il s'agit notamment des obligations qui peuvent être imposées aux opérateurs puissants sur un marché. Seul le nombre d'opérateurs GSM reste limité. Ils sont trois à se partager le marché : *Proximus* en tant qu'opérateur public (aujourd'hui filiale à 100% de Belgacom), concurrencé par Mobistar et Base. Ensemble, ils totalisent plus de 8 millions d'utilisateurs à la fin de l'année 2002 – soit une croissance d'environ 2000% depuis 1996 –, et en 2008, le nombre de GSM en activité dépasse pour la première fois le nombre d'habitants du pays<sup>106</sup>. Sur le marché de la téléphonie fixe, Belgacom reste dans un premier temps très faiblement concurrencée, conservant jusqu'en 2001 plus de 90% de parts de marché. Considérée comme un opérateur puissant, elle est par conséquent soumise à un sévère contrôle de ses prix<sup>107</sup>. Mais, outre la concurrence de plus en plus forte du GSM, de nombreux opérateurs (dont Mobistar, Telenet ou *Voo*, la marque de Brutélé et de Tecteo) vendent désormais des abonnements au téléphone fixe, soit sur leur propre réseau câblé, soit en utilisant (en partie) celui de Belgacom, soit

---

<sup>105</sup> Art. 2, 5°, 9, 10, 18 à 24, 68 à 107, et 163 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, et l'art. 86ter de la loi précitée du 21 mars 1991, qui n'a pas été abrogé ; 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 (directive "service universel"), *J.O.*, 24 avril 2002, L 108, spéc. art. 32. Voy. L. VANCRAVEBECK (2009), « Service public et communications électroniques », pp. 365-398, et les références citées ; Y. VAN GERVEN, A. VALLERY, D. REINGEWIERTZ (2006), *op.cit.*, pp. 428-437. Ni ces auteurs ni aucun de leurs prédécesseurs ne signalent la disparition de la notion de service public, qui n'est pourtant pas sans conséquences. Outre le régime juridique propre de cette notion, l'existence de missions de service public est à l'origine du statut d'entreprise publique autonome (EPA), et emporte normalement la conclusion d'un contrat de gestion. Le statut d'EPA de Belgacom ne semble ainsi plus vraiment justifié.

<sup>106</sup> Voy. le tableau dans le rapport de l'IBPT du 9 novembre 2004 concernant l'évolution du service universel des télécommunications pendant l'année 2003, p. 9 ; et le rapport de l'IBPT du 14 octobre 2009 concernant l'exécution du service universel des télécommunications en 2008, p. 7 – disponibles sur [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be) (consulté le 8 juillet 2010).

<sup>107</sup> Décisions de l'IBPT du 11 août 2006 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « téléphonie fixe », et du 6 novembre 2008 qui la remplace – disponibles sur [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be) (consulté le 8 juillet 2010).

même par l'intermédiaire d'Internet (services *VoIP*<sup>108</sup>). La part de marché de Belgacom en 2007 et 2008 s'est ainsi réduite autour de 65 %<sup>109</sup>.

Au travers de *Voo*, de *Proximus*, de Belgacom ou d'Astrid, le secteur public domine pourtant toujours l'exploitation des services vocaux. Les aspects de ces services qui relèvent du service universel ou des services additionnels sont en outre presque exclusivement assurés par Belgacom.

## β - Les services de transmission de données

Le développement des services de transmission de données, d'Internet en particulier, est inversement proportionnel à la place que ces services ont prise dans le droit des télécommunications. Ce sont ces services (à l'époque, principalement la « *commutation de données* »<sup>110</sup>) qui ouvrent la libéralisation des télécommunications, et ce dès la réforme de 1991. Ils sont considérés comme des « *services non réservés* », dont l'exploitation est libre, moyennant une simple déclaration<sup>111</sup>. L'existence d'un monopole public pour ces nouveaux services informatiques, qui ont vu le jour au cours des années 1980, semblait en effet peu justifié. Ils étaient en effet souvent offerts par des entreprises privées, soit via la RTT soit en concurrence avec elle. Ce régime de liberté d'exploitation, moyennant notification, demeure la règle aujourd'hui<sup>112</sup>. Belgacom est autorisée à offrir ces nouveaux services, dans les mêmes conditions que les entreprises privées. Les services de transmission de données génèrent ainsi, selon son rapport annuel 2009, plus du quart du chiffre d'affaires de l'entreprise publique.

Une question persiste cependant, depuis 1991. Faut-il ou non élever certains de ces services au rang de service public ou de service universel ? Le droit européen a permis d'emblée que le service de commutation de données soit soumis à un « *cahier des charges de service public* », avant d'abolir cette possibilité en 1996. Ledit cahier des charges a donc été prévu dans la réforme belge de 1991, mais n'a jamais été adopté ; Belgacom avait en effet conservé très provisoirement – jusqu'au 31 décembre 1992 – le monopole d'un service public de commutation de données qu'elle a, en pratique, continué à offrir après cette date<sup>113</sup>. Depuis, en droit européen, aucun des services de transmission de données n'a été intégré dans un régime de service public ou de service universel. Seule une disposition permet explicitement, depuis 2002, « *de rendre*

---

<sup>108</sup> Pour « *Voice over Internet Protocol* ». Voy. Th. VERBIEST (2008), « Voix sur IP : régulation traditionnelle pour une nouvelle technologie ou nouvelle approche pour la téléphonie haut débit ? ».

<sup>109</sup> Voy. le rapport annuel de l'IBPT pour l'année 2008, p. 82, et la décision de l'IBPT du 6 novembre 2008 relative à l'analyse des marchés 3 et 5, pp. 54-55 – disponibles sur [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be) (consulté le 8 juillet 2010).

<sup>110</sup> La définition du service (art. 68, 9° de la loi précitée du 21 mars 1991) n'est pas explicite : il s'agit, pour faire simple, d'un service de transmission de données (nécessairement informatisées, et donc permettant une communication de données entre deux ou plusieurs ordinateurs).

<sup>111</sup> Art. 87 à 90 de la loi précitée du 21 mars 1991 ; arrêté ministériel du 25 novembre 1996 fixant les modalités de la déclaration pour l'exploitation de services non réservés de télécommunications, *M.B.*, 10 janvier 1997 ; directive 90/388/CEE du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.*, 24 juillet 1990, L 192.

<sup>112</sup> Art. 9 et 10 de la loi précitée du 13 juin 2005.

<sup>113</sup> Art. 3 de la directive 90/388/CEE précitée du 28 juin 1990, et sa modification par la directive 96/19/CE précitée du 13 mars 1996 ; art. 83, 3° et 89, §2 de la loi précitée du 21 mars 1991 ; art. 9 du contrat de gestion approuvé par arrêté royal du 19 août 1992, *M.B.*, 4 septembre 1992 ; *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1989-1990, n° 1287/2, p. 25.

*accessibles au public, sur le territoire national, des services additionnels* »<sup>114</sup>. En droit belge, Belgacom reste pourtant chargée, après la réforme de 1997, d'offrir un service de commutation de données « *afin d'assurer l'accès universel à un réseau de télécommunications de base* ». Il s'agit alors d'un des « *services obligatoires* » inséré dans le « *service public des télécommunications* ». Cette obligation devient finalement un « *service additionnel* », au sens du droit européen, dans la loi du 13 juin 2005 ; elle n'est donc plus légalement couverte par la notion de service public<sup>115</sup>. Ce service de commutation de données a toujours coexisté avec les offres commerciales d'entreprises privées<sup>116</sup>. Il vise surtout à garantir l'accès à la transmission de données là où les entreprises privées refuseraient leurs services. Il est cependant offert à prix coûtant et non à prix « *abordable* », comme l'exigerait le service universel.

Pour le surplus, l'ajout d'autres services informatiques, soit comme service universel, soit comme service additionnel, fait régulièrement débat dans les cénacles belges et, surtout, européens. La discussion porte principalement sur la fourniture d'accès à Internet, eu égard au rôle de plus en plus prépondérant exercé par ce média dans la vie économique, sociale et culturelle<sup>117</sup>. Sans succès jusqu'à ce jour.

Bien que présent, au travers de *Voo*, Belgacom ou Belnet, le secteur public est donc relativement minoritaire dans l'exploitation des services de transmission de données.

#### γ - Les services de médias audiovisuels

Les « *services de médias audiovisuels* », comme on les appelle aujourd'hui, ont pour principal objet « *la communication au public de programmes télévisuels ou sonores par des réseaux de communications électroniques, dans le but d'informer, de divertir et d'éduquer ou dans le but d'assurer une communication commerciale* »<sup>118</sup>. Les fournisseurs de tels services peuvent en être les « *éditeurs* », donc responsables de leur contenu, et/ou les « *distributeurs* », seulement chargés de leur communication au public. Dans les années 2000, en outre, apparaissent progressivement des services de télévision et de radio dits « *à la demande* », « *non linéaires* », permettant d'écouter et/ou de regarder des programmes au moment de son choix sur la base d'un catalogue. Ces nouveaux services ont d'abord été accessibles grâce à Internet, mais sont aujourd'hui offerts par les principaux distributeurs (Telenet, *Voo* et Belgacom). Ils amorcent vraisemblablement un nouveau bouleversement des usages de la radio et de la télévision.

Les services de médias audiovisuels sont cependant exclus, en droit belge comme en droit européen, de la réglementation applicable aux autres services de communications électroniques. Ils bénéficient d'un traitement juridique spécifique, d'une certaine

---

<sup>114</sup> Art. 32 précité de la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002. Voy. aussi l'art. 7, §1<sup>er</sup>, c de la directive 97/13/CE précitée du 10 avril 1997.

<sup>115</sup> Art. 82, 2° et 86*bis* de la loi précitée du 21 mars 1991, tels qu'insérés par la loi précitée du 19 décembre 1997 ; art. 105 et 163 de la loi précitée du 13 juin 2005.

<sup>116</sup> Voy. notamment le rapport annuel 2002 du Comité consultatif pour les télécommunications, pp. 95-98 – disponible sur [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be) (consulté le 8 juillet 2010).

<sup>117</sup> Voy. notamment L. VANCRAVEBECK (2009), *op.cit.*, pp. 392-397, et les références citées.

<sup>118</sup> Art. 1<sup>er</sup>, 48° du décret de la CF sur les services de médias audiovisuels coordonné le 26 mars 2009, *M.B.*, 24 juillet 2009 ; art. 2, 26° du décret flamand du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 30 avril 2009.

exception culturelle, mais qui n'en est pas moins soumis à une réelle pression en faveur de la libéralisation, notamment dans le cadre des directives européennes TVSF, puis SMA. Dès 1993, la Cour européenne des droits de l'homme, revenant sur sa jurisprudence antérieure, considère que le monopole public audiovisuel « *impose les restrictions les plus fortes à la liberté d'expression* », et n'est donc – sauf « *nécessité impérieuse* » – plus compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>119</sup>.

En Communauté française, poursuivant le processus d'ouverture entamé dans les années 1980, les éditeurs de services de *radiodiffusion sonore* sont soumis à un régime d'autorisation doublé d'une procédure d'octroi de fréquences. Le nombre de fréquences accordées à la radiodiffusion demeure en effet limité. C'est le *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA) qui est chargé de cette procédure, qui aboutit en 2008 à la promulgation d'un plan de fréquences très longtemps attendu<sup>120</sup>. En télévision, le duopole RTBF - RTL-TV*i* prend fin avec le décret du 27 février 2003, qui donne accès au câble à toute chaîne de télévision dûment autorisée par le CSA, étendu à tout service de télévision non linéaire par le décret SMA du 26 mars 2009. C'est le Groupe RTL qui en profite le plus, pour développer de nouvelles chaînes, ainsi que le groupe *Be TV* qui apparaît en 2004.

En Flandre, la libéralisation reste dans un premier temps tout aussi prudente. La BRT est renommée « *De Nederlandse Radio- en Televisieuitzendingen in België, Omroep van de Vlaamse Gemeenschap* » (BRTN) en 1991. Elle obtient enfin le droit – déjà acquis à la RTBF – de s'associer à des entreprises privées, pour autant qu'elle dispose d'une participation majoritaire. Outre les chaînes étrangères, la BRT n'a longtemps pour concurrente qu'une seule télévision privée, la chaîne VTM<sup>121</sup>. Ce sont les décrets adoptés en 2004 et 2005 qui donnent une nouvelle impulsion aux éditeurs et distributeurs privés de radio et de télévision, sous le contrôle d'un *Vlaamse Regulator voor de Media* (VRM) dont les pouvoirs et l'indépendance ont été renforcés<sup>122</sup>. En télévision, elle permet notamment la régularisation de la chaîne *VT4*, puis le développement d'une série d'autres chaînes (*Kanaal 2, JIMtv, VIJFtv,...*) de plus en plus nombreuses.

Cette libéralisation progressive ne va cependant pas servir qu'à des entreprises privées. Belgacom, notamment, autorisée depuis 1995 à offrir des services de radiodiffusion<sup>123</sup>, lance en 2005 son offre de télévision digitale *Belgacom TV*, à la fois comme éditeur de contenu (elle a acheté les droits de retransmission du championnat belge de football pour soutenir le lancement du service) et comme distributeur. Elle connaît un succès croissant aujourd'hui. Telenet, câblo-distributeur actif en Flandre (voy. *infra*), s'est également lancé sur cette voie. La frontière entre les distributeurs et les éditeurs en

---

<sup>119</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche* du 24 novembre 1993, §§ 38-43.

<sup>120</sup> P. CAUFRIEZ, E. LENTZEN (2009), « Trente ans de radio en Communauté française (1978-2008) », pp. 49-81.

<sup>121</sup> Art. 3, 4, 6, §3 et 44 à 50 des décrets flamands relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, *M.B.*, 30 mai 1995 – il s'agit de la coordination de plus d'une dizaine de décrets adoptés entre 1987 et 1994, tous cités dans l'arrêté de coordination. Voy. D. VOORHOOF (1992), « De la BRT à la BRTN : développements récents dans l'audiovisuel flamand ».

<sup>122</sup> F. SAEYS (2007), « Statuut, organisatie en financiering van de openbare televisieomroep in Vlaanderen » ; P. VALCKE, D. STEVENS (2006), *op.cit.*.

<sup>123</sup> Suite à l'abrogation de l'article 2 de la loi du 30 juillet 1979 par l'article 104 de la loi du 20 décembre 1995, *M.B.*, 23 décembre 1995.

devient d'ailleurs particulièrement floue, et les litiges légions : les médias audiovisuels flamands s'attaquent ainsi en août 2010 aux distributeurs Telenet et Belgacom, qu'ils accusent de concurrence déloyale, grâce aux enregistrements de programme rendus possible par la télévision digitale<sup>124</sup> ; les télévisions locales refusent d'être diffusées sur Belgacom TV, plaçant Belgacom dans l'illégalité (la diffusion des télévisions locales est imposées par le décret), ce qui affaiblit sa position face à Tecteo, concurrent direct... et public.

Le secteur public reste donc bien présent dans les services de médias audiovisuels, tant parmi les éditeurs, grâce aux trois chaînes publiques des trois communautés (VRT, RTBF et BRF), mais aussi aux émissions propres de Belgacom TV, ainsi qu'aux télévisions locales ; que parmi les distributeurs, où Belgacom, Tecteo et Brutélé sont largement dominants. Là où, en radio, les éditeurs privés supplantent néanmoins les émissions publiques, en télévision par contre, les chaînes publiques conservent une bonne audience, la concurrence provenant surtout des chaînes (publiques ou privées) étrangères.

L'évolution n'en est pas moins particulièrement marquée depuis les années 1980. Les missions de service public sont demeurées pratiquement identiques : il faut éduquer, informer, et distraire. En France, « *la première d'entre elles est de donner à l'auditeur une information aussi indépendante que possible des acteurs économiques et politiques* »<sup>125</sup>. Acteurs économiques et politiques sont les deux forces susceptibles d'influencer considérablement les services de médias audiovisuels. Mais là où l'influence politique semblait particulièrement forte dans les années 1980 dans le service public, les contrôles mis en place aujourd'hui, et la libéralisation des services peut désormais faire craindre une beaucoup plus grande dépendance des éditeurs privés à l'égard du pouvoir économique que du service public à l'égard du pouvoir politique. C'est une évolution très significative du paysage des services de médias audiovisuels qui se dessinent ainsi actuellement.

### 3) *La régulation des communications électroniques*

L'ouverture des réseaux et des services de communications électroniques à la concurrence ont conduit les gouvernants à créer des autorités de régulation chargées de contrôler cette ouverture, d'autoriser les nouveaux opérateurs et éditeurs, et d'une multitude de missions de médiation, de conseil, d'information et de coordination au niveau belge, européen et international. Là où, dans les autres pays européens, au maximum deux autorités sont compétentes (l'une pour les communications électroniques, et l'autre pour les contenus audiovisuels), la réalité institutionnelle belge est toute autre. Pas moins de six institutions disposent de compétences parallèles, voire concurrentes.

Au niveau fédéral, c'est l'*Institut belge des postes et télécommunications* qui est compétent : pour les réseaux câblés (téléphoniques ou de télédistribution) mais seulement en ce qu'ils permettent la transmission de services vocaux ou de données ; pour les réseaux hertziens, sauf en ce qui concerne les fréquences réservées à la radiodiffusion ; et pour les services vocaux et de transmission de données. Il est

---

<sup>124</sup> « Vlaamse omroepen ten strijde tegen Telenet en Belgacom », *De Standaard*, 31 août 2010.

<sup>125</sup> P. CAVELIER, O. MOREL-MAROGER (2008), *La radio*, p. 116.

également compétent pour les infrastructures permettant la transmission de services audiovisuels à Bruxelles<sup>126</sup>.

Au niveau communautaire, chacune des trois communautés flamande, française et germanophone ont créé leur propre régulateur, compétent sur le territoire de celles-ci, moins Bruxelles, pour toutes les infrastructures en ce qu'elles permettent la transmission de services audiovisuels, et pour le contrôle et l'autorisation de ces services en ce compris à Bruxelles. En Flandre, il s'agit du VRM, héritier du *Vlaamse Mediaraad* puis du *Vlaamse Commissariaat voor de Media*<sup>127</sup>. En Communauté Française, il s'agit du CSA<sup>128</sup>, et dans la Communauté germanophone du *Medienrat*<sup>129</sup>.

Comme cette répartition de compétences a paru inextricable à la Cour d'arbitrage (voy. *supra*), notamment parce qu'elle portait sur une infrastructure identique, pouvant servir à la fois à transmettre des services vocaux et audiovisuels, il a fallu conclure un accord de coopération entre les communautés et l'Etat fédéral, qui a donné naissance en 2006 à une cinquième autorité de régulation, qui rassemble les quatre premières, la *Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC)*<sup>130</sup>. Supposé faciliter la régulation des réseaux communs, cet accord ne semble en tout cas pas avoir simplifié grand-chose, comme en témoigne le médiatique dossier de la libéralisation des réseaux câblés de télédistribution. Réunis ou non au sein de la CRC, les quatre régulateurs ont chacun présenté fin 2010 une décision propre, mais commune, en vue de procéder à cette libéralisation, dans un climat d'incertitude juridique patent<sup>131</sup>.

Enfin, conformément aux directives européennes, l'autorité réglementaire nationale doit également pouvoir trancher les litiges qui opposent entre eux les opérateurs de télécommunications. Cette compétence a été confiée, en Belgique, au Conseil de la concurrence<sup>132</sup>.

---

<sup>126</sup> Créé par les art. 69, 71 et suivants, 82 et 89, §1<sup>er</sup> de la loi précitée du 21 mars 1991, *M.B.*, 27 mars 1991. Voy. la synthèse des compétences de l'IBPT décrite dans la note de politique générale du ministère des Communications et de l'Infrastructure pour l'année 1993, *Doc.parl.*, Chambre, sess. extraord. 1991-1992, n° 648/1, p. 34. Sa loi organique est aujourd'hui la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003, modifiée déjà à 13 reprises et pour la dernière fois par la loi du 31 décembre 2010, *M.B.*, 31 décembre 2010. Voy. son site internet [www.ibpt.be](http://www.ibpt.be); P.Y. POTELLE (2003), « Un nouveau statut pour le régulateur des télécommunications dans un secteur en pleine mutation ».

<sup>127</sup> La loi organique de celui-ci est aujourd'hui le décret flamand du 27 mars 2009 précité, *M.B.*, 30 avril 2009, en ses articles 215 à 235, tels que modifiés par le décret du 18 décembre 2009, *M.B.*, 29 janvier 2010. Voy. le site internet [www.vlaamseregulatormedia.be](http://www.vlaamseregulatormedia.be); D. STEVENS (2010), *op.cit.*, pp. 482-496.

<sup>128</sup> La loi organique de celui-ci est aujourd'hui le décret précité de la CF coordonné le 26 mars 2009, *M.B.*, 24 juillet 2009, en ses articles 133 à 153, modifié par décret du 30 avril 2009, *M.B.*, 10 septembre 2009. Voy. le site internet [www.csa.be](http://www.csa.be); C. DUMONT (2010), « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, une autorité de régulation indépendante ».

<sup>129</sup> Décret germanophone précité du 27 juin 2005, *M.B.*, 6 septembre 2005, en ses articles 86 à 116, tels que modifiés pour la dernière fois par décret du 3 décembre 2009, *M.B.*, 15 décembre 2009. Voy. le site internet [www.medienrat.be](http://www.medienrat.be).

<sup>130</sup> Accord de coopération précité du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone, *M.B.*, 28 décembre 2006.

<sup>131</sup> Voy. les projets de décision datés du 21 décembre 2010 sur les sites internet des quatre régulateurs.

<sup>132</sup> Lequel exerce cette compétence en vertu de l'art. 4 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003.

### C. Organisation administrative : une pléthore inégalée d'acteurs publics

La convergence des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel va laisser se superposer l'action d'un nombre considérable d'acteurs publics, et ce à tous les niveaux de pouvoir.

Les administrations centrales compétentes sont, à l'instar des régulateurs, au moins quatre à disposer de compétences dans le domaine des télécommunications et de l'audiovisuel. Au niveau fédéral, les tâches sont mêmes réparties entre le ministre de l'économie et le ministre des entreprises publiques.

Les cinq autorités de régulation ont déjà été énumérées. Leur statut d'autorité administrative indépendante est souvent discuté, et même mis en cause par l'Europe. Celle-ci ne peut admettre que l'Etat exerce à la fois son contrôle sur un opérateur public et sur le régulateur du marché. Des règles d'indépendance strictes sont prônées en particulier à l'égard de l'IBPT, qui posent en particulier la question de leur légitimité démocratique lorsqu'elle peuvent adopter des décisions contraignantes, voire des règlements à portée générale<sup>133</sup>.

Les sociétés publiques chargées de l'exploitation d'un réseau et/ou de services de communications électroniques sont très nombreuses. La plus évidente est bien entendu Belgacom. Erigée en entreprise publique autonome en 1991, elle est transformée ensuite en société anonyme de droit public en 1995, et 49% de son capital est vendu à un consortium *ADSB Telecommunications BV*, avant finalement d'être introduit en Bourse de Bruxelles en mars 2004<sup>134</sup>. De propriété fédérale, outre Belgacom, on a mentionné Belnet, qui prend la forme d'un service à gestion séparée, et Astrid, qui est une société anonyme de droit public. Au niveau des services audiovisuels, la Communauté française a érigé la RTBF en entreprise publique autonome en 1997. C'est le seul organisme en Belgique à avoir reçu ce statut en dehors de la loi du 21 mars 1991<sup>135</sup>. La BRT, devenue en 1997 la *Vlaamse Radio-Televisie* (VRT), est une société anonyme de droit public<sup>136</sup>. Tecteo et Brutélé forment de puissantes intercommunales de télédistribution<sup>137</sup>, sur lesquelles le contrôle de tutelle est en pratique inexistant : elles ont en effet exploité le fait d'associer des communes provenant de plusieurs régions, et forment donc des intercommunales dites « *bi-régionales* » qui nécessitent un accord de coopération entre les régions pour permettre l'exercice de la tutelle. Accord de coopération qui demeure, à ce jour, inexistant. Les télévisions locales, en Communauté française, représentent enfin les derniers organismes en charge d'un service public,

<sup>133</sup> D. STEVENS (2010), *op.cit.*, p. 539 ; P. BOUCQUEY, P.O. DE BROUX (2007), « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », pp. 220-245. Le problème n'est d'ailleurs pas, dans ce cas, spécifique à la Belgique, mais semble s'être posé dans la plupart des Etats européens, selon A.T. OTTOW (2006), *Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en Nederlandse bestuursprocesrecht*, p. 83.

<sup>134</sup> Art. 84 de la loi du 20 décembre 1995 portant des dispositions fiscales, financières et diverses, *M.B.*, 23 décembre 1995. Voy. J. MODEN (2008), *Les privatisations en Belgique*, pp. 107-111.

<sup>135</sup> Son décret organique est celui du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF), *M.B.*, 28 août 1997, tel quel modifié pour la dernière fois par le décret du 30 avril 2009, *M.B.*, 10 septembre 2009. Voy. le site internet [www.rtbf.be](http://www.rtbf.be).

<sup>136</sup> Décret flamand du 29 avril 1997 relatif à la transformation de la BRTN en une société anonyme de droit public, *M.B.*, 1<sup>er</sup> mai 1997, remplacé aujourd'hui par les art. 3 à 36 du décret flamand précité du 27 mars 2009, *M.B.*, 30 avril 2009. Voy. le site internet [www.vrt.be](http://www.vrt.be).

<sup>137</sup> Voy. notamment J. MODEN (2008), *op.cit.*, pp. 235-236 ; et les sites internet [www.brutele.be](http://www.brutele.be) et [www.tecteo.be](http://www.tecteo.be).

constituées sous forme d'ASBL ou de société à finalité sociale associant le plus souvent les pouvoirs locaux<sup>138</sup>. Toutes ces sociétés bénéficient d'une indépendance de plus en plus forte par rapport à leur pouvoir public créateur. Aux niveaux fédéral et fédérés, leurs relations sont régies par les contrats de gestion conclus, et le pouvoir de tutelle est extrêmement faible en droit, pour ne pas dire inexistant en fait. Les autorités qui les contrôlent sont désormais les autorités de régulation, plus celles qui les ont créés. C'est une évolution majeure de ces dernières années.

Tecteo – l'ancienne ALE – et Brutélé sont par ailleurs les derniers représentants des intercommunales dans la télédistribution, alors qu'en 1996 encore, 31 intercommunales coexistaient sur le territoire national, dont 19 intercommunales mixtes ayant pour seul partenaire privé Electrabel. En quelques années, les intercommunales se sont regroupées, du côté wallon, sous l'égide de Tecteo, et du côté flamand sous une des deux coupoles dénommée *Interkabel Vlaanderen* ou *Telenet*. Telenet, fondé en 1996, est progressivement privatisé, et reprend la gestion de *Interkabel*<sup>139</sup>. L'opérateur couvre aujourd'hui la très grande majorité de la Flandre, et s'est même étendu sur quelques communes wallonnes et bruxelloises.

#### **D. Financement et régime juridique**

La question du financement est ici limitée au financement des missions de service public ou du service universel. Tous les autres services sont désormais financés de manière commerciale, soit par l'utilisateur, soit par les revenus de la publicité commerciale (dans le domaine audiovisuel principalement).

Les radio-télévisions publiques, tout d'abord, bénéficient toujours d'une dotation à charge du budget de leur communauté respective. Leurs comptes présentent également une part de plus en plus grande de recettes en provenance de la publicité. Enfin, une révolution probable s'annonce avec la télévision « *à la demande* », et la convergence des télévisions et ordinateurs. Il est en effet devenu possible de faire payer un programme précis par le téléspectateur, au moment où celui-ci souhaite regarder un film ou une émission. L'impact de cette modification sur le financement de la télévision et du service public en particulier, sur le mode de fonctionnement audiovisuel en général, voire sur l'ensemble du paysage médiatique, n'est cependant pas encore mesurable. Le passage de la RTBF sur Internet (*RTBF.be*) a en toute hypothèse été très mal vécu par les groupes de presse écrite, qui ont considéré celui-ci comme un acte de concurrence déloyale. Le passage à l'Internet n'est pas qu'une course à l'audience et donc, indirectement, à la publicité, « *mais aussi à la diversification des revenus. Le web offre en effet d'autres sources de monétisation que la pub. Et la bataille va s'intensifier dès lors que les journaux passeront aux contenus payants sur le net pour compenser le déclin inéluctable du papier (...)* Le nœud, c'est en fait le partage des revenus générés par le web »<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> Voy. les art. 64 à 75 du décret précité de la CF coordonné le 26 mars 2009, *M.B.*, 24 juillet 2009.

<sup>139</sup> J. MODEN (2008), *op.cit.*, pp. 234-235 ; M. MINON (1997), « L'avenir des réseaux câblés », p. 11, note 9 ; SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL ECONOMIE, *Le secteur belge de la télédistribution*, Bruxelles, 2007.

<sup>140</sup> A. GERLACHE, « Internet, le nouveau terrain d'affrontements entre les médias publics et privés », Blog Les médias, la société, le fun... et le reste !, [www.alaingerlache.be](http://www.alaingerlache.be), 15 janvier 2010.

Pour les services vocaux, le financement concerne soit le service universel, soit les *services additionnels*. La composante géographique du service universel, actuellement prestée par Belgacom, est supposée être compensée par un Fonds de solidarité alimenté par tous les opérateurs actifs sur le marché. La mise en œuvre de celui-ci fait cependant actuellement l'objet de litiges interminables entre les opérateurs et avec la Commission européenne. Belgacom doit donc en supporter les frais sur son propre budget. La composante sociale du service universel est financée par tous les opérateurs, puisqu'ils sont tous tenus de le prester. Un Fonds pour le service universel en matière de tarifs sociaux a néanmoins été créé, auquel un opérateur peut faire appel « *si le nombre de réductions de tarifs qu'un opérateur a accordées est supérieur au nombre qui correspond à sa part du chiffre d'affaires global* [du marché de la téléphonie publique] ». Ce mécanisme est également contesté devant les juridictions belge et européenne. En ce qui concerne les services additionnels, ou toute autre mission d'intérêt général, c'est en principe le budget de l'Etat qui intervient pour honorer la différence entre le prix facturé et le prix de revient. La loi n'a cependant pas encore été mise en œuvre, sur ce point, et Belgacom demeure chargés de tous les services complémentaires, dont on ne connaît d'ailleurs pas bien la nature en droit belge. A notre connaissance, Belgacom ne reçoit pas de compensation de l'Etat pour l'exercice de ces missions d'intérêt général.

La protection des utilisateurs a d'abord assurée par les dispositions relatives au service universel, en matière de téléphonie, et par les règles visant à garantir le pluralisme culturel dans les services de médias audiovisuels<sup>141</sup>. La protection de la vie privée est également spécialement protégée par le droit européen des télécommunications. En Belgique, cependant, une nouvelle loi est adoptée en 1994 pour autoriser les écoutes téléphones. Les dérogations qu'elle prévoit sont étendues en 2003<sup>142</sup>. Pour le surplus, les droits garantis aux utilisateurs des réseaux de communications, comme en vue de protéger le service, sont comparables avec ceux qui existaient auparavant, sous la réserve que les textes sont de plus en plus longs à consacrer des droits identiques. Un des résultats, on l'a déjà dit, se serait néanmoins traduit par une relative réduction de l'influence politique au sein des organismes publics de médias. Depuis 1994 enfin, chacune des déclarations successives de révision de la Constitution, a annoncé l'intention de compléter celle-ci par un alinéa consacrant un « *droit du citoyen à un service universel en matière de (...) communication* »<sup>143</sup>. Cette intention ne s'est cependant encore jamais concrétisée.

Dernier élément remarquable de ce pléthorique droit des télécommunications, la loi du 21 mars 1991 précisait son intention en matière de service public : « *gardien de l'intérêt général, l'Etat doit veiller à ce que les entreprises publiques, instituées aux fins de la fourniture de ces services au public, respectent les trois lois des services publics précités* »<sup>144</sup>. Cette déclaration d'intention est traduite dans la loi de 1997, qui affirme

---

<sup>141</sup> Ce dernier principe est consacré par l'article 11, §2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

<sup>142</sup> Loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, *M.B.*, 24 janvier 1995 ; loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, *M.B.*, 12 mai 2003.

<sup>143</sup> Voy. les déclarations de révision successives du 12 avril 1995, du 5 mai 1999, du 10 avril 2003, toutes publiées au *Moniteur belge* le jour de leur promulgation, du 1<sup>er</sup> mai 2007, *M.B.*, 2 mai 2007, et du 6 mai 2010, *M.B.*, 7 mai 2010.

<sup>144</sup> Exposé des motifs de la loi du 21 mars 1991, *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1989-1990, n° 1287/1, pp. 2-3.

que : « *le service public des télécommunications est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité* »<sup>145</sup>. Le droit du gouvernement de suspendre les services de télécommunications demeure, voire est élargi : lorsque « *la sécurité publique, la santé publique, l'ordre public ou la défense du Royaume* » l'exigent<sup>146</sup>. Les privilèges domaniaux accordés à Belgacom sont élargis par la loi du 19 décembre 1997 à l'ensemble des opérateurs d'un réseau public de télécommunications<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Art. 82 de la loi précitée du 21 mars 1991, tel que remplacé par la loi du 19 décembre 1997, *M.B.*, 30 décembre 1997.

<sup>146</sup> Art. 70 de la loi précitée du 21 mars 1991, remplacé par l'article 4 de la loi précitée du 13 juin 2005.

<sup>147</sup> Art. 97 à 105 de la loi précitée du 21 mars 1991. Voy. notamment, sur la difficulté de l'extension de ce privilège à tous les opérateurs, Th. WYNGAARD (2009), « La législation et la jurisprudence relatives aux antennes GSM ».

## CHAPITRE 4. LA GESTION DU CYCLE ANTHROPIQUE DE L'EAU<sup>148</sup>

Le domaine de l'eau, dernière étape de notre étude, est sans doute celui qui a connu la plus grande stabilité dans les secteurs étudiés. Ce qui ne signifie pas, au contraire, que rien n'y a changé. Mais, plus qu'ailleurs, les changements ont été durables, tandis que les acteurs sont restés les mêmes. Le principal progrès est l'approche – scientifique au départ, et plus précisément *biogéochimique* – du cycle de l'eau comme fondement de toute réglementation. Cycle naturel d'une part, depuis les précipitations jusqu'à son écoulement ou son évaporation, cycle anthropique d'autre part, désignant le parcours suivi par l'eau lorsqu'elle est recueillie et distribuée pour les usages de l'homme. Comme pour les deux premières parties, le présent chapitre se limite aux aspects de distribution d'eau de ce cycle anthropique.

Il y a également lieu de constater que, par ce nouveau droit de l'eau qui est entré en vigueur, celui-ci s'écarte de la question de sa gestion publique, sous la forme d'un service public ou d'un service d'intérêt général. L'eau est plus que jamais appréhendée comme une responsabilité publique, intégrée de manière plus large dans une politique environnementale

### A. International : la reconnaissance d'un droit fondamental à une eau potable

Les relations internationales interfèrent toujours avec le droit de l'eau potable, composé de principes et, depuis les vingt dernières années, de nombreuses conventions internationales relatives au droit de l'environnement. « *La protection de l'environnement et la promotion du développement durable tendent à imprégner non seulement la réglementation relative à la gestion de l'eau douce, mais aussi la jurisprudence de la CIJ relative à la gestion des cours d'eau transfrontaliers* »<sup>149</sup>.

L'Europe s'était glissée dès les années 1970 dans la politique de l'eau, et elle n'a pas manqué d'accroître son influence dans le domaine. Deux directives ont été adoptées en 1998 et en 2000, et forment l'essentiel de la politique européenne en la matière. La première est relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine<sup>150</sup>. La seconde entend établir un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau. Ses considérants sont particulièrement riches pour les acteurs du service public chargés de la distribution d'eau : « *l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres mais un patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel* » ; « *L'approvisionnement en eau constitue un service d'intérêt général tel que défini dans*

<sup>148</sup> CONSEIL D'ETAT (France) (2010), *L'eau et son droit* ; S. LEPRINCE, L. RENOU (2007), « Eau », *Répertoire pratique de droit belge, Complément X*, v° « Urbanisme et environnement » ; J.F. NEURAY (2006), *La directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau* ; S. LEPRINCE (2005), « Le Code wallon de l'eau et son incidence sur les attributions des communes » ; P. DE SMEDT, G. GONSAELES, J. HEYMAN, F. MAES, P. VAN BOCKSTAL, F. VANDERSTRAETEN (2004), *Integraal waterbeleid in Vlaanderen* ; P. CORNUT (2003), *Histoires d'eau. Les enjeux de l'eau potable au XXIe siècle en Europe occidentale* ; D. AUBIN, F. VARONE (2001), « La gestion de l'eau en Belgique. Analyse historique des régimes institutionnels (1804-2001) ». Voy. également les sites internet suivants : [www.vmw.be](http://www.vmw.be) ; [www.swde.be](http://www.swde.be) ; [www.vivaqua.be](http://www.vivaqua.be) ; [www.aww.be](http://www.aww.be) ; [www.pipda.be](http://www.pipda.be) ; [www.tmvw.be](http://www.tmvw.be) ; [www.cile.be](http://www.cile.be).

<sup>149</sup> CONSEIL D'ETAT (France) (2010), *op.cit.*, Annexe 2 : « Le droit international de l'eau », pp. 249-261.

<sup>150</sup> Directive 98/83/CE du 3 novembre 1998 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, *J.O.*, L 330, 5 décembre 1998.

la communication de la Commission intitulée "Les services d'intérêt général en Europe" »; « Une bonne qualité de l'eau garantira l'approvisionnement de la population en eau potable »<sup>151</sup>. Cette directive entend principalement imposer une gestion globale et durable de l'eau, fondée sur le cycle naturel de celles-ci, et permettant d'en garantir la qualité et la quantité.

Les objectifs poursuivis par l'Europe demeurent néanmoins ambivalents. Malgré la directive et son quinzième considérant, l'eau est de plus en plus souvent considérée par les instances européennes comme un service *économique* d'intérêt général, et le premier considérant désigne l'eau comme un bien marchand, même s'il n'est pas « *comme les autres* ». La directive fixe d'ailleurs l'objectif de faire couvrir l'ensemble des coûts par les divers usagers du service. Malgré quelques projets en ce sens<sup>152</sup>, l'Union européenne n'a pas encore mené de politique de libéralisation dans ce secteur, ce qui peut d'ailleurs en partie s'expliquer par le fait qu'il y a peu de réseaux de distribution qui soient interconnectés au niveau européen, et peu de transport de l'eau sur de longues distances. L'enjeu européen est donc moins marqué que dans les trois autres secteurs étudiés<sup>153</sup>. Le risque d'une évolution est cependant souligné par la plupart des observateurs du secteur. Au niveau belge, les sociétés et intercommunales se tournent vers l'international, conscientes de la valeur commerciale de l'eau qu'elles distribuent. Un accord de principe aurait par exemple été signé entre l'intercommunale flamande TMVW et... le Qatar, pour remplir les supertankers gaziers de Zeebrugge d'eau douce, durant leur voyage de retour vers l'émirat<sup>154</sup>. Ce fait anecdotique, qui semble depuis être plus ou moins abandonné, témoigne néanmoins d'une évolution possible de la distribution d'eau, qui est celle de sa mise en réseau à une échelle continentale, voire mondiale, notamment au bénéfice des populations qui en sont aujourd'hui toujours privées. Cette évolution risque d'accentuer la valeur marchande de l'eau. TMVW n'entendait pas livrer son eau à des prix *abordables*, pour reprendre la terminologie du service public, mais bien commerciaux. Une telle évolution bouleverserait sans doute en profondeur les acquis séculaires du droit international de l'eau<sup>155</sup>, et par ricochet, le droit national.

Face à des prétentions économiques plus ou moins marquées au niveau des acteurs internationaux, mais tout à fait clair auprès de grandes multinationales, se dessine également une action internationale croissante en faveur de la reconnaissance d'un droit fondamental à l'eau potable. Le Conseil de l'Europe reconnaît ainsi, dans sa *Charte européenne des ressources en eau* adoptée en 2001, le droit à disposer d'une quantité d'eau suffisante pour satisfaire les besoins essentiels de chaque personne. Mais c'est surtout la résolution adoptée en juillet 2010 par l'Assemblée générale des Nations Unies qui constitue aujourd'hui le degré le plus élevé de sa reconnaissance. Elle a proclamé « *le droit à une eau potable, c'est-à-dire salubre et propre, et à l'assainissement comme un droit fondamental qui est essentiel au plein exercice du droit à la vie et de tous les*

---

<sup>151</sup> Considérants 1, 15 et 24 de la directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, *J.O.*, L 327, 22 décembre 2000.

<sup>152</sup> P. CORNUT (2003), *op.cit.*, pp. 72-76.

<sup>153</sup> En ce sens, S. VALIN (2007), *Services publics : un défi pour l'Europe*, p. 71.

<sup>154</sup> *De Standaard*, 24 janvier 2011.

<sup>155</sup> J. SOHNLE (2010), « La mise en réseau de l'eau au niveau européen et international : incontournable, mais contrôlable ».

hommes »<sup>156</sup>. Le Comité des droits de l'homme a adopté à la suite de ce texte une résolution qui « réaffirme que c'est aux Etats qu'incombe au premier chef la responsabilité de garantir le plein exercice de tous les droits de l'homme, et que le fait de déléguer la fourniture de services d'approvisionnement en eau potable et/ou de services d'assainissement à un tiers n'exonère pas l'Etat de ses obligations en matière de droits de l'homme » et « reconnaît que les Etats peuvent, conformément à leurs lois, réglementations et politiques publiques, décider d'associer des acteurs non étatiques à la fourniture de services de distribution d'eau potable et d'assainissement et devraient, indépendamment du mode de fourniture des services, veiller au respect des principes de transparence, de non-discrimination et de responsabilisation »<sup>157</sup>.

## **B. Public-privé : la stabilité des acteurs face au droit de l'environnement**

La distribution d'eau, après avoir subi la régionalisation de la politique de l'eau dans les années 1980, est désormais une compétence que les trois régions du pays exercent de manière particulièrement active, le plus souvent dans le cadre de leur politique environnementale, même si les communes demeurent en principe les premières autorités compétentes dans ce domaine.

Les acteurs de la distribution n'ont plus évolué depuis les années 1980, à quelques rares exceptions près. Les principaux producteurs et distributeurs demeurent les intercommunales et les deux sociétés régionales issues de l'ancienne SNDE. Certaines communes – surtout dans le sud de la Wallonie – organisent encore la distribution d'eau en régie, ou – surtout en Flandre – l'ont confiée à une société privée concessionnaire. A la fin des années 1990, environ trente communes ont concédé en tout ou en partie leur distribution d'eau à des sociétés privées<sup>158</sup>. La privatisation ou la libéralisation, pas plus que le regroupement stratégique des intercommunales plus ou moins puissantes ou morcelées (sur le modèle de la télédistribution, par exemple) ne semble cependant pas à l'ordre du jour dans ce domaine, malgré une envie certaine, voire une volonté affichée par, de grands groupes économiques privés<sup>159</sup>. Les économistes continuent pourtant volontiers à considérer le secteur de l'eau comme un *monopole naturel*, au sens de la science économique : « le coût minimum est obtenu lorsqu'une seule entreprise réalise la production. En effet, les infrastructures et les ressources sont uniques : il serait aberrant d'avoir plusieurs réseaux en parallèle compte tenu de leur coût de réalisation. Il engendre aussi de fortes externalités, c'est-à-dire que le service mis en œuvre afin de consommer de l'eau influe, positivement ou négativement, sur d'autres domaines, par exemple la santé publique ou l'environnement »<sup>160</sup>.

Les règles applicables à la distribution d'eau, quels que soient ses exploitants, sont par contre de plus en plus contraignantes dans les trois régions du pays. Les producteurs et les distributeurs de l'eau potable sont tenus d'assurer la salubrité et la propreté de l'eau fournie selon des paramètres microbiologiques et chimiques fixés par le décret ou

<sup>156</sup> Résolution 64/92 de l'Assemblée générale du 28 juillet 2010 – disponible sur [www.un.org](http://www.un.org) ; résolution ; . Sur les différentes initiatives qui ont permis cette reconnaissance internationale, voy. H. SMETS (2011), « Le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement est finalement reconnu », pp. 79-89.

<sup>157</sup> Résolution A/HRC/RES/15/9 du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies adoptée le 6 octobre 2010 – disponible sur <http://www2.ohchr.org/french/bodies/hrcouncil/>.

<sup>158</sup> P. CORNUT (2003), *Histoires d'eau*, p. 64.

<sup>159</sup> *Idem*, pp. 64-76.

<sup>160</sup> S. VALIN (2007), *op.cit.*, p. 68.

l'ordonnance. Ils sont également tenus à diverses obligations d'informations à l'égard du consommateur de l'eau. Les producteurs d'eau, en particulier, sont également tenus de contribuer au financement de l'assainissement des eaux usées, à l'autre bout de la chaîne du cycle anthropique de l'eau, et ce proportionnellement au volume d'eau produit<sup>161</sup>.

En Flandre, en particulier, la réglementation impose des missions de service public aux fournisseurs d'eau, lesquelles obligations sont contrôlées par une autorité de régulation créée au sein de la *Vlaamse Milieumaatschappij*. Ces missions sont notamment les suivantes : « 1° exploiter, entretenir et développer le réseau public de distribution d'eau et les installations ; 2° encourager une utilisation durable d'eau par les abonnés et les consommateurs, impliquant des programmes d'action et des campagnes de sensibilisation à l'encontre des divers groupes cibles ; 3° prendre des mesures d'ordre social, dans le respect du décret du 20 décembre 1996 réglant le droit à la fourniture minimale d'électricité, de gaz et d'eau ; 4° assurer des services au client, des garanties étant offertes en la matière ; 5° assurer la protection de l'environnement lors du captage, traitement et distribution des eaux destinées à la consommation humaine et des eaux de deuxième circuit, basée sur les meilleures techniques disponibles ; 6° instaurer un droit de raccordement et appliquer des structures tarifaires pour les eaux destinées à la consommation humaine qui sont fournies par l'exploitant d'un réseau public de distribution d'eau (...) 8° s'efforcer à appliquer des prix de revient aussi bas que possible, eu égard aux coûts et bénéfices, qui découlent de la réalisation des autres obligations de service public ; 9° fournir une quantité d'eau gratuite, destinée à la consommation humaine, par les exploitants d'un réseau public de distribution d'eau »<sup>162</sup>. Cette dernière mission est particulièrement remarquable, puisqu'elle consacre un droit à la fourniture minimale d'eau potable, qui se retrouve rarement dans un texte de droit positif. Aucune des deux autres régions n'ont créé de contrôle du secteur sous la forme d'une autorité de régulation. A Bruxelles, dernière région à avoir transposé la directive cadre européenne, « l'ensemble du texte repose sur l'affirmation que l'eau fait partie du patrimoine commun de l'humanité et de la Région de Bruxelles-Capitale et que toute personne a le droit de disposer d'une eau potable de qualité et en quantité suffisante pour son alimentation, ses besoins domestiques et sa santé. Dans ce cadre cependant, les prélèvements et les rejets d'eaux usées qui sont effectués pour l'exercice de ce droit ne peuvent mettre en danger la qualité, les fonctions naturelles et la pérennité de la ressource »<sup>163</sup>.

## C. Organisation administrative, financement et régime juridique

Aucun changement significatif n'affecte les acteurs de la distribution d'eau dans les trois régions du pays. De nouvelles structures apparaissent surtout dans le domaine de l'épuration de l'eau, qui a pris beaucoup d'ampleur durant les vingt dernières années. *Aquafin* en Flandre, la *Société publique de gestion de l'eau* en Wallonie ou la *Société*

<sup>161</sup> Pour plus de détails, voy. en Flandre les décrets du 24 mai 2002 relatif aux eaux destinées à l'utilisation humaine, *M.B.*, 23 juillet 2002 et du 18 juillet 2003 relatif à la politique intégrée de l'eau, *M.B.*, 14 novembre 2003 ; en Région wallonne, le Livre II du Code de l'environnement constituant le Code de l'eau, *M.B.*, 23 septembre 2004 ; à Bruxelles, l'ordonnance du 20 octobre 2006 établissant un cadre pour la politique de l'eau, *M.B.*, 3 novembre 2006.

<sup>162</sup> Art. 8 et 9 du décret flamand du 24 mai 2002 précité, *M.B.*, 23 juillet 2002.

<sup>163</sup> Exposé des motifs de l'ordonnance du 20 octobre 2006, *Doc.*, Parlement bruxellois, sess. 2005-2006, n° A-302/1, p. 1.

*bruxelloise de gestion de l'eau* à Bruxelles coordonnent et/ou gèrent l'assainissement des eaux usées dans leur région respective.

En matière de financement, malgré un contexte favorable à l'application du droit européen des services d'intérêt économique général, les intercommunales et les sociétés régionales sont de plus en plus gérées sur une base commerciale. Ainsi, en Région wallonne, les pouvoirs publics n'interviennent plus ni pour financer les investissements ni pour toute autre dépense de la SWDE, qui a acquis une autonomie financière totale en 2004. La Région n'accorde même plus sa garantie aux emprunts contractés par la Société. D'aucun y voient d'ailleurs les prémises d'une privatisation<sup>164</sup>. Corrélativement, pourtant, le prix de l'eau reste non seulement contrôlé par l'Etat fédéral, mais il est en plus particulièrement encadré par les décrets et ordonnance respectifs des trois régions, qui décomposent et calculent de manière très précise le coût et le prix corrélatif de la production, du transport, et de la distribution de l'eau potable, puis de l'évacuation et de l'épuration des eaux usées, afin de le répercuter strictement dans le prix payé par le consommateur<sup>165</sup>.

Mais, à l'instar du niveau international, une des évolutions remarquables des dernières années est la consécration partielle d'un droit à un minimum d'eau potable, que certains auteurs n'hésitent pas à lier au droit à mener une vie conforme à la dignité humaine, voire au droit au logement, consacrés par l'article 23 de la Constitution<sup>166</sup>. Ce droit est cependant mis en œuvre de manière différente dans les trois régions du pays. En Flandre (voy. *supra*), tous les distributeurs sont tenus de fournir gratuitement 15m<sup>3</sup> d'eau potable par habitant par an, ce qui correspond approximativement à un tiers de la consommation moyenne. Il nécessite cependant le raccordement de l'habitation au réseau de distribution et le paiement de la redevance. En Wallonie et à Bruxelles, un fonds spécial a été créé pour aider les ménages nécessiteux, et la coupure de l'eau pour non paiement de la facture est soumise à des conditions extrêmement strictes<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> P. CORNUT (2003), *op.cit.*, p. 74. Sur le financement, voy. SOCIÉTÉ WALLONNE DES DISTRIBUTIONS D'EAU (2006), *La Société wallonne des eaux a 20 ans. SWDE 1986-2006*, pp. 106-111.

<sup>165</sup> Voy. par exemple les art. 16 à 16sexies du décret flamand du 24 mai 2002 précité, *M.B.*, 23 juillet 2002.

<sup>166</sup> Voy. en tout cas l'interprétation identique du droit au logement consacré par la Charte sociale européenne par le Comité européen des droits sociaux, dans sa décision du 7 décembre 2005, n° 27/2004 ; ou la déclaration du Conseil des ministres de l'Union européenne faite en mars 2010, qui lie le droit d'accès à l'eau potable aux droits de l'homme tels que le droit au logement, à l'alimentation et à la santé ; les résolutions similaires du Parlement européen du 12 mars 2009 et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en mars 2009 également.

<sup>167</sup> S. LEPRINCE, L. RENOY (2007), « Eau », *op.cit.*, p. 1140 ; P. CORNUT (2003), *op.cit.*, pp. 94-96.



## TITRE II – LE DROIT DES SERVICES D'INTÉRÊT (ÉCONOMIQUE) GÉNÉRAL

Les fortes évolutions politiques et juridiques des vingt dernières années entraînent évidemment une nouvelle remise en question de la théorie classique du service public. Elles sont même à l'origine des principales questions posées dans l'introduction de la présente thèse. Ce dernier titre n'entend cependant pas synthétiser le droit si complexe des quatre secteurs étudiés, mais surtout le mesurer aux enseignements tirés de l'histoire du droit des industries de réseaux, en ébauchant les fondations d'une théorie revisitée des services publics. Plutôt que synthétique, le présent titre est surtout prospectif.

L'exposé qui suit n'a donc plus rien d'historique, et ne trouve d'ailleurs pas en tant que tel de fondement dans la doctrine belge actuelle<sup>168</sup>. Malgré l'émergence récente de nouveaux précis ou manuels de droit administratif ou de droit public économique, longtemps attendus, ceux-ci se bornent pour la plupart à reproduire la théorie classique du service public, découpée entre la notion organique et la notion fonctionnelle, entre la gestion publique et la gestion privée du service public<sup>169</sup>. Rares également sont ceux qui prennent en considération les évolutions apportées par la notion européenne de service d'intérêt (économique) général.

L'ampleur des développements nécessaires à une théorie revisitée des services publics est cependant considérable<sup>170</sup>. Les propos tenus ci-dessous, aboutissement d'une analyse historique relativement approfondie, ne pouvaient viser à la dessiner toute entière. Ils constituent l'esquisse de travaux futurs, et une invitation à la doctrine belge à s'en emparer. Les pistes de réflexion ici lancée tendent donc résolument :

- à consacrer la notion fonctionnelle du service public (**CHAPITRE 1<sup>er</sup>**) ;
- à distinguer la création d'un service public de son organisation (**CHAPITRE 2**) ;
- à réfléchir au choix des modes de gestion à partir de deux pôles publics et privés (**CHAPITRE 3**).

Et à notre estime, nous aimons à le répéter, ces recommandations théoriques nous paraissent solidement fondées sur l'analyse historique du droit, ce qui leur confère toute leur originalité.

---

<sup>168</sup> Il y trouve cependant certains soutiens, parmi les auteurs ayant expressément marqué leur préférence pour la notion fonctionnelle du service public. Voy. notamment Ph. QUERTAINMONT (2007), *Droit public économique*, p. 91 ; P. GOFFAUX (2006), *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° « service public ».

<sup>169</sup> D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ (2010), *Manuel de droit administratif*, pp. 60 et s. ; M. HERBIET, A.L. DURVIAUX (2008), *Droit public économique*, pp. 23 et s. ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE (2006), *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, pp. 89-98 ; Ph. BOUVIER (2002), *Eléments de droit administratif*, pp. 85-90.

<sup>170</sup> Comme en témoigne le récent ouvrage, sur lequel s'appuie régulièrement notre analyse, premier depuis longtemps à réinterroger la théorie classique, et auquel nous avons eu l'honneur de participer, dirigé par H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK (2009), *Le service public*, qui réunit les contributions de 23 auteurs en 943 pages.



## CHAPITRE 1<sup>er</sup>. LES NOTIONS DE SERVICE PUBLIC ET DE SERVICE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Service public organique et service public fonctionnel sont encore au cœur de toutes les réflexions liées au service public durant les vingt dernières années. La Commission européenne relève elle-même que l'expression de service public, dans les Etats membres, « *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* »<sup>171</sup>.

Une partie de la doctrine belge prend cependant nettement conscience des évolutions induites par les phénomènes de libéralisation, de privatisation et de régulation qui marquent le tournant du 21<sup>e</sup> siècle en Belgique et en Europe. C'est cette doctrine que nous présentons, à la recherche du soutien nécessaire à une théorie revisitée du service public.

### A. La consécration de la notion fonctionnelle du service public en droit belge

L'adoption de la loi du 21 mars 1991, déjà largement commentée, a remis en question la notion de service public. Cette loi, et d'autres textes à sa suite, distingue, au sein d'une *entreprise publique autonome*, les activités ou missions de service public dont elle est chargée et ses autres activités. L'objectif poursuivi est, notamment, de ne soumettre à un régime juridique de droit administratif que les premières et, par conséquent, de régir les autres activités par le droit privé.

Cette approche ne cause aucune difficulté pour le *service public fonctionnel*, au sens où l'entendait Buttgenbach : la gestion privée d'un service public soumet l'entrepreneur privé à certaines règles de droit public (marchés publics, juridiction du Conseil d'Etat) lorsque l'activité de service public dont il a la charge est concernée, alors qu'il reste soumis au droit privé pour ses autres activités. En revanche, lorsque le *service public organique* est concerné, tel qu'on le concevait jusqu'en 1990, la mise en œuvre de la loi du 21 mars 1991 a bousculé les habitudes. Selon Diane Déom, cette loi « *s'inscrit nettement en rupture avec les constructions doctrinales et jurisprudentielles couramment admises en droit belge. Les dimensions fonctionnelles de la notion de service public n'y ont guère été mises en exergue. La plupart des raisonnements juridiques s'attachent avant tout à la notion de service public organique. (...) L'on considère en effet que toute activité exercée par un service public organique (...) constitue ipso facto un service public fonctionnel* »<sup>172</sup>. La loi du 21 mars 1991 constitue donc une pseudo révolution, en ce qu'elle permet à une personne morale de droit public – un service public organique au sens où l'entendait Buttgenbach – d'exercer des activités qui ne relèvent pas du service public et seraient soumises au seul droit privé.

Philippe Quertainmont rappelle cependant qu'il existait déjà des entreprises publiques

---

<sup>171</sup> *Livre blanc sur les services d'intérêt général*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 12 mai 2004, COM(2004) 374 final, pp. 23-24.

<sup>172</sup> D. DEOM (1992), « Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes », p. 115.

qui, quoique exerçant leur activité dans l'intérêt de la collectivité, fonctionnaient « *en dehors de toute notion de service public* »<sup>173</sup>. Il s'agit notamment des entreprises à capital public, qui sont apparues dans les années 1960. Comme l'expose très clairement Frédéric Vandendriessche, « *voor de overheid draagt immers niet de activiteit van het bedrijf bij tot het algemeen belang, maar wel het bestaan, de groei en de ontwikkeling van die onderneming zelf, dit in de vorm van een stimulering of het behoud van de tewerkstelling, de economische ontwikkeling, enz.* »<sup>174</sup>. Tel a été, par exemple, le cas de la brève *nationalisation* de la banque Fortis, consacrée par des arrêtés royaux du 12 novembre 2008 motivés comme suit : « *Considérant la situation tendue sur les marchés financiers et la nécessité de préserver la stabilité du système financier belge et de maintenir la confiance du public dans les institutions financières ; Considérant que la mesure proposée est justifiée par un besoin impérieux d'intérêt général* »<sup>175</sup>. Personne n'a considéré que cette nationalisation avait transformé l'activité bancaire de Fortis en un service public.

La nouveauté de la loi de 1991 semble en réalité surtout concerner le type d'organisme public concerné : plus seulement des organismes à forme privée et à capital public, mais aussi des organismes à forme publique, dont la fondation est régie par le droit public et non par le droit privé. Cette importante évolution conduit – ou aurait dû conduire – à la disparition de la conception organique du service public. Une personne morale de droit public ne constitue pas, ou plus, au sens juridique, un service public. Le service public ne désigne que l'activité d'intérêt général, dont l'accomplissement est jugé nécessaire par les gouvernants, et qui justifie, quelle que soit la personne à qui elle est confiée, des dérogations aux règles normalement applicables en droit privé<sup>176</sup>. La tentation, ravivée par Maurice-André Flamme en 1989 (voy. *supra*), de lier le service public à la puissance publique, bien que soutenue par certains juristes<sup>177</sup>, facilite certes l'appréhension de la notion de service public fonctionnel, mais ne peut être retenue. De nombreuses activités de service public continue à être exploitées aujourd'hui sans disposer de parcelles de puissance publique.

Patrick Goffaux, à la suite de Jacques Velu, synthétise en 2006, dans son *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, les deux acceptions classiquement admises du service public, celle du service public *fonctionnel* et celle du service public *organique*. Selon lui, le service public fonctionnel désigne « *toute tâche qui vise à satisfaire un besoin d'intérêt général et dont l'accomplissement régulier apparaît nécessaire aux yeux du législateur (ou dans les limites de leur autonomie aux provinces et aux communes), et ce, indépendamment de l'organisme qui remplit cette tâche (donc y compris une personne morale de droit privé)* »<sup>178</sup>. L'érection d'une activité en service

<sup>173</sup> Ph. QUERTAINMONT (2007), *Droit public économique*, p. 92.

<sup>174</sup> F. VANDENDRIESSCHE (2004), *Publieke en Private Rechtspersonen*, pp. 31-32.

<sup>175</sup> Arrêtés royaux du 12 novembre 2008 confiant à la Société fédérale de Participations et d'Investissement une mission au sens de l'article 2, par. 3, de la loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale de Participations et d'Investissement et aux sociétés régionales d'investissement, *M.B.*, 24 novembre 2008.

<sup>176</sup> Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 30.511/4 du 13 novembre 2000, *Administration publique trimestrielle*, 2000, p. 295, relatif à la Société publique de gestion de l'eau. Voy. également Ph. QUERTAINMONT (2008), « Entreprise publique et marché concurrentiel », pp. 496-498.

<sup>177</sup> Voy. notamment l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat 28.489/4 du 8 février 1999 sur un avant-projet de décret relatif à l'initiation à l'environnement en Région wallonne, *Doc.*, Parlement wallon, sess. 1998-1999, n° 495/1 ; repris par X. DELGRANGE (2005), « S.O.S Bonheur », pp. 31-32.

<sup>178</sup> P. GOFFAUX (2006), *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, p. 259, v° « Service public » ; définition reprise à J. VELU (1986), *Droit public*, p. 108.

public fonctionnel permet de « justifier que les pouvoirs publics règlent son fonctionnement et lui imposent un contrôle restreignant fortement sa liberté »<sup>179</sup>. Le service public organique est, pour sa part, synonyme de *personne morale de droit public*, à savoir « d'une part, les personnes publiques territoriales (...) et, d'autre part, toute autre entité chargée d'accomplir, sous le contrôle de celle-ci, exclusivement une mission de service public et qui, à cette fin, se voit confier une parcelle de la puissance publique et est soumise à un régime juridique ressortissant principalement, voire exclusivement, au droit public »<sup>180</sup>.

La notion belge de service public désigne donc, de manière de plus en plus convaincante, dans la pratique législative et administrative, les activités d'intérêt général et non les organismes qui en ont la charge. Cette seule évolution conduit déjà à privilégier le sens fonctionnel de la notion<sup>181</sup>. Un tel revirement continue cependant à rencontrer une certaine résistance doctrinale<sup>182</sup>. Celle-ci est principalement due au poids historique – et tout à fait légitime, eu égard à leur utilité et à leur qualité – des travaux de André Buttgenbach et de Maurice-André Flamme. Elle est due également aux nombreux usages de la notion de service public comme critère, parmi d'autres, permettant de déterminer le champ d'application des nombreuses autres notions du droit administratif belge (*autorité administrative* et juridiction du Conseil d'Etat, *régime statutaire* du personnel, *domaine public*, etc.), caractérisant en général les personnes morales de droit public – les *services publics organiques*, selon la terminologie classique –. La confusion entre les deux acceptions classiques du service public demeure ainsi bien trop aisée.

La tentation demeure également de limiter le service public par la puissance publique, à l'instar des limites posées par la puissance publique à la notion d'autorité administrative, par exemple. L'idée, défendue par Flamme en son temps, selon laquelle la notion de service public se situe sur le plan des fins, et la notion de puissance publique sur le plan des moyens, est certes pertinente. Mais elle ne peut cependant conduire à réduire le service public aux seules activités disposant d'une parcelle de puissance publique, dont le critère est d'ailleurs tout à fait absent du droit européen, exposé ci-dessous. La puissance publique, entendue comme le pouvoir d'imposer unilatéralement des décisions à l'égard de tiers, n'est pas un attribut *nécessaire* du service public.

Cette montée en puissance de la conception fonctionnelle du service public est en outre confortée par la notion européenne, exclusivement fonctionnelle, de *service d'intérêt général*. Le droit belge subit à cet égard l'influence croissante du droit européen, ce qui constitue à ce jour la dernière étape de l'évolution de la notion de service public.

---

<sup>179</sup> X. DELGRANGE (2005), « S.O.S. Bonheur », p. 32, et la jurisprudence citée de la Cour d'arbitrage, en particulier C.A., arrêt n° 81/97 du 17 décembre 1997, point B.5.4., à propos de l'article 20 du décret de la Région wallonne du 27 juin 1996 relatif aux déchets, *M.B.*, 2 août 1996, qui érige expressément en service public fonctionnel « l'implantation et l'exploitation des centres d'enfouissement technique autres que destinés à l'usage exclusif d'un producteur (initial) de déchets » (*Doc.*, Parlement wallon, sess. 1994-1995, n° 344/1, p. 16).

<sup>180</sup> P. GOFFAUX (2006), *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, p. 193, v° « Personne morale de droit public » ainsi que p. 259, v° « Service public » ; définitions en partie reprises à J. VELU (1986), *Droit public*, p. 108.

<sup>181</sup> Voy. P. GOFFAUX (2006), *op.cit.*, p. 259, v° « service public » ; Ph. QUERTAINMONT (2007), *op.cit.*, pp. 87 et s. ; V. PIRLOT (2008), « Décentralisation administrative et gestion des services publics en Belgique de l'indépendance à nos jours (1830-2006) », p. 315.

<sup>182</sup> Voy. *supra*, les références citées à la note 169.

## B. La lente ascension du service d'intérêt général en droit européen

La pensée néolibérale, qui accompagne le processus d'intégration européenne et la crise de l'Etat providence, a conduit, à partir du milieu des années 1980, à une remise en cause profonde du rôle de l'Etat et des pouvoirs publics, qui s'est étendue aux services publics. Leur mutation s'effectue au travers des notions nouvelles de *services d'intérêt (économique) général* et de *service universel*. Cette mutation ne correspond cependant pas à une régression ou un effacement. L'idée de service public, à laquelle renvoient ces notions européennes, s'est en effet emparée du droit communautaire, et a conduit les Etats membres de l'Union européenne à inscrire de plus en plus fréquemment cette préoccupation à leur agenda. Au point, selon certains auteurs, de poser les bases d'un véritable service public européen<sup>183</sup>.

### 1) La Cour de justice de l'Union européenne

Depuis le début des années 1990, une place croissante est progressivement accordée aux services d'intérêt économique général (SIEG) dans la construction européenne<sup>184</sup>, malgré que la démarche initiale se produise « à reculons », on l'a exposé dans la deuxième partie de la thèse (voy. *supra*). Cette notion repose en effet sur un double biais : celui des activités économiques, par opposition aux activités non économiques dont il n'est nulle part question jusqu'alors ; celui d'un régime dérogatoire à un droit communautaire « commun » qui serait constitué par les règles de la libre concurrence. Elle ne peut donc se définir, dans un premier que négativement.

C'est la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, de plus en plus abondante, qui témoigne d'abord du renforcement des SIEG. Elle a, dans un premier temps, dégagé des limites à l'extension des activités économiques soumises aux règles de la concurrence, en en excluant principalement les activités fondées sur la solidarité telles que la gestion du service public de la sécurité sociale, mais aussi le service postal « *traditionnel* », ou le service du contrôle de la navigation aérienne<sup>185</sup>. Ce système « binaire » (activités économiques des entreprises vs. activités solidaires ou qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique) ne permettant pas beaucoup de nuances, la Cour a préféré mettre l'accent sur les possibilités de dérogations aux règles de concurrence prévues par l'article 106, §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (ancien article 86, §2 TCE)<sup>186</sup>. Celles-ci sont, pour rappel, autorisées dans des limites strictement proportionnelles à

<sup>183</sup> L. GRARD, J. VANDAMME, F. VAN DER MENSBRUGGHE (1996), *Vers un service public européen*.

<sup>184</sup> P.P. VAN GEHUCHTEN (2003), « Secteurs publics et droit communautaire : quelle constitutionnalisation, de quelles entreprises publiques ? », p. 119.

<sup>185</sup> W. SAUTER (2008), « Services of general economic interest and universal service in EU law », p. 168 et les références citées dont : C.J.C.E., arrêt *Poucet et Pistre* du 17 février 1993, C-159/91 ; C.J.C.E., arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993, C-320/91 ; C.J.C.E., arrêt *Sodemare* du 1997, C-70/95 ; C.J.C.E., arrêt *FENIN* du 2006, C-205/03. Voy. aussi C.J.C.E., arrêt *SAT Fluggesellschaft* du 19 janvier 1994, C-364/92 ; T.P.I.C.E., arrêt *SELEX Sistemi Integrati SpA* du 12 décembre 2006, T-155/04 ; C.J.C.E., arrêt *SELEX Sistemi Integrati SpA* du 26 mars 2009, C-113/07, et les conclusions de V. Trstenjak du 3 juillet 2008 ayant précédé cet arrêt, dont il ressort notamment que la Commission européenne qualifie les missions de l'organisation internationale Eurocontrol de « *service public* » (§ 57 des conclusions). Voy. aussi S. RODRIGUES (2000), *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, pp. 119-128.

<sup>186</sup> Tel que renuméroté et réintitulé par le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Nous indiquerons à chaque fois l'ancienne numérotation du Traité de Rome, en abrégé TCE.

l'accomplissement des missions d'intérêt général qui leur sont imparties, mais qui ont paradoxalement permis à la Cour d'élargir la notion de SIEG à un nombre croissant d'activités. Elle a « *retenu une définition très large de l'activité économique, elle a également adopté une conception large de la notion de missions d'intérêt 'économique' général* »<sup>187</sup>. C'est notamment cette recherche de souplesse dans l'application des règles de concurrence qui fait la fortune de la notion de SIEG depuis les années 1990. Elle entend en particulier « *éviter tout amalgame entre entreprise publique et service public en s'intéressant uniquement aux conditions dans lesquelles le S.I.E.G. est assumé et aux contraintes qui s'imposent dans sa gestion* »<sup>188</sup>.

## 2) Les textes normatifs européens

La notion de SIEG est ensuite ancrée dans les textes préparatoires ou normatifs, de droit européen primaire (les traités) et dérivé (des traités). Est ainsi constatée la présence de plus en plus marquée de « *préoccupations relevant du service public (...) dans la plupart des textes de droit dérivé applicables aux services en réseau* »<sup>189</sup>, telle les exigences de continuité liées à la sécurité d'approvisionnement en énergie, les obligations de service universel en matière énergétique ou de communications électroniques, les missions imparties aux autorités de régulation nationales créées dans ces différents secteurs, voire encore des « *conditions tarifaires prenant en compte les exigences de la cohésion économique et sociale* ».

L'évolution la plus significative se produit cependant dans les traités européens. Un nouvel article 16 (devenu 14 TFUE) est inséré dans le Traité instituant la Communauté européenne par le Traité d'Amsterdam en 1997<sup>190</sup>. Cet article expose que « *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 Etats membres (...) veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ». C'est ensuite l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui garantit dans les mêmes termes l'accès aux services économiques d'intérêt général, et est repris à l'article II-96 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe de 2004<sup>191</sup>.

Enfin, suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009, l'article 14 TFUE (ancien article 16 TCE) est complété, et un nouveau Protocole sur les *services d'intérêt général* souligne expressément « *l'importance des services d'intérêt général* » dans ses considérants. Ce protocole dispose que :

---

<sup>187</sup> M. DONY (2005), « Les notions de "service d'intérêt général" et "service d'intérêt économique général" », p. 21 ; W. SAUTER (2008), *op.cit.*, p. 168, qui utilise d'ailleurs l'expression de « *public service tasks* » dévolues aux SIEG.

<sup>188</sup> S. RODRIGUES (2008), « Service(s) public(s) et droit communautaire », p. 113.

<sup>189</sup> P.P. VAN GEHUCHTEN (2003), *op.cit.*, pp. 119-120.

<sup>190</sup> P. NIHOUL (1998), « Les services d'intérêt général dans le traité d'Amsterdam » ; S. RODRIGUES (1998), « Les services publics et le traité d'Amsterdam. Genèse et portée du nouvel article 16 du traité CE ».

<sup>191</sup> Voy. à cet égard J.C. BOUAL (2005), « Les services d'intérêt général dans le Traité constitutionnel de l'Union européenne » ; J.Y. CHEROT (2005), « Article II-96 – Accès aux services d'intérêt économique général ».

« Article premier. Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment:

- le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs;
- la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes;
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs;

Article 2. Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général »<sup>192</sup>.

La notion de service d'intérêt général (SIG) fait ainsi une entrée à la fois discrète et remarquée dans le droit positif de l'Union européenne<sup>193</sup>.

### 3) Les travaux de la Commission européenne

Il s'agit néanmoins plus que d'une simple « *tendance* » à la « *constitutionnalisation* » des services d'intérêt général<sup>194</sup>. Cette consécration formelle des SIG est confortée par de nombreuses communications de la Commission européenne, dans lesquelles celle-ci aborde la définition, le régime juridique et l'objectif politique poursuivi par l'Union européenne au travers des notions de SIG et SIEG<sup>195</sup>.

Dans sa première communication, en 1996, la Commission a défini les SIEG comme des services qui « *remplissent des missions d'intérêt général et sont soumis de ce fait par les États membres à des obligations de service public* ». Selon son *Livre blanc* de

<sup>192</sup> Protocole n° 9 sur les services d'intérêt général annexé au Traité de Lisbonne, *J.O.U.E.*, 17 décembre 2007, C 306, p. 158.

<sup>193</sup> F. CHALTIÉL (2008), « Les apports du traité de Lisbonne au service public » ; S. RODRIGUES (2008), *op.cit.* ; P. NIHOUL (2010), « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'Etat et des marchés publics », pp. 240-244 ; C. BOVIS (2010), « The State, Competition and Public Services ».

<sup>194</sup> Selon les termes de L. GRARD (2003), « Place et signification de la charte des droits fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt économique général », pp. 31 et s.

<sup>195</sup> Communication sur « Les services d'intérêt général en Europe », *J.O.*, C 281, 26 septembre 1996, p. 3 ; mise à jour par la Communication sur « Les services d'intérêt général en Europe », *J.O.*, C 17, 19 janvier 2001, p. 4 ; consultation lancée par le *Livre vert sur les services d'intérêt général*, 21 mai 2003, COM (2003) 270 final ; qui aboutit à la publication du *Livre blanc sur les services d'intérêt général* précité, 12 mai 2004, COM(2004) 374 final ; « Mettre en oeuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne », Communication de la Commission du 26 avril 2006, COM (2006) 177 final ; « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », Communication de la Commission du 20 novembre 2007, COM (2007) 725 final.

2004, un SIEG réfère « *aux services de nature économique que les Etats membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général* ». L'apparition de la Communauté européenne comme pouvoir créateur potentiel d'un SIEG constitue une évolution importante de cette définition, qui participe à l'idée d'un service public de niveau communautaire.

La notion de SIG ne reçoit par contre jamais de définition propre. Elle demeure tributaire, dans tous les textes, de celle de service d'intérêt économique général, à partir de laquelle elle s'est construite. Selon le *Livre blanc*, le SIG a « *un sens plus large que [le SIEG] et couvre les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public* ». Cette notion demeure à ce jour principalement résiduelle, catégorie fourre-tout des activités des pouvoirs publics de chaque Etat membre. Elle n'en est pas moins, selon le *Livre blanc*, une composante essentielle d'un « *modèle européen de société* », au titre d'une valeur commune à l'ensemble des Etats membres<sup>196</sup>. Dans le nouveau protocole annexé au Traité de Lisbonne, les SIG ne sont que le « *chapeau* » des deux catégories : SIEG et « *services non économiques d'intérêt général* ». Se greffe encore à cette notion la catégorie de « *services sociaux d'intérêt général* » qui apparaît pour la première fois dans le *Livre blanc* (2004), et constitue une sous-catégorie spécifique mais susceptible d'être considérée comme économique ou non économique, et ne disposant donc pas, à ce jour, de régime juridique propre. La relative imprécision de ces définitions, en particulier celle de SIG, résulterait de la recherche d'un large consensus qui « *s'est dégagé sur la nécessité d'assurer la sécurité juridique et la cohérence de l'ensemble des politiques de l'UE, tout en respectant la diversité des secteurs et situations* »<sup>197</sup>.

Les obligations de service public et l'intérêt général constituent les des deux éléments principaux de la notion de SI(E)G. La notion de service public est ainsi réintroduite au sein du droit européen. Selon le *Livre blanc*, les obligations de service public « *désignent les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public, par exemple dans le secteur du transport aérien, ferroviaire ou routier et dans le domaine de l'énergie. Ces obligations peuvent être imposées au niveau communautaire, national ou régional* ». La Cour de justice a précisé, dans son célèbre arrêt *Altmark*, les conditions qui permettent de compenser financièrement ces obligations de service public sans basculer dans le régime des aides d'Etat. La première condition impose que « *l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies* ». La manière dont est acceptée cette condition permet de préciser la définition des obligations de service public. Selon la doctrine, il faut pour ce faire une « *nécessité*

---

<sup>196</sup> Il semble en effet que l'on puisse dégager une « *idée de service public* » dans les traditions juridiques de tous les Etats membres, permettant « *de rendre compte à la fois des domaines d'activité dans lesquels l'Etat répond aux besoins de socialisation, et des règles particulières qu'il est amené à produire à cette fin. L'existence de règles particulières aux services publics et la grande convergence que l'on observe quant aux secteurs concernés, malgré la diversité des institutions entre les différents pays européens, justifie qu'on leur recherche un fondement commun* » (G. MARCOU (2001), « De l'idée de service public au service d'intérêt général », p. 368).

<sup>197</sup> Communication de la Commission du 20 novembre 2007 précitée, p. 3.

*d'un acte positif d'engagement* », « à l'initiative de l'Etat membre » ; il faut définir « le but à atteindre pour le prestataire de service »<sup>198</sup>.

#### 4) La pratique administrative des institutions européennes

Enfin, dans la pratique des institutions européennes elles-mêmes, semblent émerger des « *services publics communautaires* », relevant de l'autorité publique européenne, comme l'y encourage la définition des SIEG donnée par le *Livre blanc* de la Commission. Pierre-Paul Van Gehuchten les distingue sous la forme de « *coopérations, des coordinations ou des initiatives prenant d'une manière ou d'une autre la forme d'un contrôle communautaire s'exerçant « en surplomb » vis-à-vis des institutions nationales* », ou à l'occasion de « *l'exploration progressive (...) d'initiatives proprement communautaires, à prendre dans des domaines divers où l'utilité publique communautaire commande de mettre en œuvre des ressources, des programmes d'action et impose, par voie de conséquence, la nécessité de forger des instruments propres* »<sup>199</sup>.

Tel est l'objet, par exemple, de la possibilité que s'est donnée la Commission européenne de créer des « *agences exécutives* », définies comme « *un organisme communautaire investi d'une mission de service public* »<sup>200</sup>. L'une d'entre elles s'occupe du financement des réseaux européens de transport, notamment ferroviaire, on l'a vu ; une *Agence ferroviaire européenne* a été créée ; plus symptomatique encore, le projet Galileo deviendra peut-être la première infrastructure construite et financée par l'Union européenne et l'Agence spatiale européenne, grâce à un régime complexe et particulier d'agences européennes, de sociétés européennes et de partenariats avec le secteur privé, mais qui font néanmoins furieusement figure de premier véritable service public européen – à l'instar de ce que fût INTELSAT au niveau international –.

#### 5) Le service universel

Le service universel est le dernier concept sur lequel il convient de s'attarder, parce qu'il est étroitement lié au service public et aux SI(E)G. Dans le cadre du droit européen, il constitue l'un des « *principes* » communs aux SIEG, selon le *Livre vert* de 2003. Il désigne « *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 Etat membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable* »<sup>201</sup>. A ce principe, correspond un droit

<sup>198</sup> M. NETTESHEIM (2008), *op.cit.*, pp. 621-622 ; J. DE BEYS, C. DUBOIS (2009), « Le financement des services publics et le contrôle des aides d'Etat ».

<sup>199</sup> P.P. VAN GEHUCHTEN (2003), *op.cit.*, pp. 120-123.

<sup>200</sup> Article 4 du Règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires, *J.O.U.E.*, L 11, 16 janvier 2003. Six agences exécutives existent actuellement, en matière d'éducation, audiovisuel et culture ; de recherche (deux agences) ; de compétitivité et innovation ; de santé et consommateurs ; de réseau transeuropéen de transport – voy. [http://europa.eu/agencies/executive\\_agencies/index\\_fr.htm](http://europa.eu/agencies/executive_agencies/index_fr.htm).

<sup>201</sup> *Livre vert sur les services d'intérêt général* précité, 21 mai 2003, COM (2003) 270 final, §§ 50-54. Cette notion a également un historique propre, qu'il serait trop long d'exposer ici. Elle provient des Etats-Unis, où elle a servi d'abord à justifier, assez paradoxalement, le contrôle du marché des

subjectif de chaque citoyen à avoir accès aux services essentiels ainsi désignés à des conditions raisonnables. C'est une de ses principales caractéristiques, qui n'est que difficilement admise pour un service public en droit belge, où le refus d'accès n'entraîne au mieux que des condamnations à des dommages et intérêts. En ce sens, il est beaucoup plus protecteur des utilisateurs que ne l'a jamais été le régime juridique du service public.

Le service universel aurait vocation à être défini au niveau européen, et mis en œuvre au niveau national, régional ou local conformément au principe de subsidiarité, permettant donc de tenir compte des particularités et de la culture de chacun. Tel est bien le cas des services postaux et des communications électroniques, par exemple. Le concept demeure néanmoins ambigu, puisqu'il prétend à la fois correspondre à une plus petite commune exigence, celle qui serait « *universelle* » ou traduirait à tout le moins l'émergence d'un « *intérêt général communautaire* »<sup>202</sup>, et à la fois s'adapter aux habitudes de chaque Etat membre. Le service universel est également compris comme correspondant à un service minimal, de base, qui de ce fait diviserait la notion – fonctionnelle – de service public entre des activités essentielles et des activités, certes d'intérêt général, mais à simple valeur ajoutée.

L'émergence de ce concept participe ainsi à la transformation de la notion de service public en droit national. Elle incite les Etats membres, même pour des activités qui ne sont pas encore régies par le droit communautaire, à organiser un « service minimum » qui doit être accessible à l'ensemble des citoyens<sup>203</sup>. Dans une analyse très fine, Jean-Marie Cheffert conclut que « *la notion de service universel est (...) une réponse politique nouvelle, nécessitée par un changement de contexte : l'ouverture à la concurrence. C'est bien celle-ci qui a fait germer cette notion et sa logique et non d'autres phénomènes, observés en parallèles, tels que la privatisation des opérateurs publics ou un élargissement du champ de l'intervention publique suite à l'avènement de la société de l'information* »<sup>204</sup>. Il n'y a en effet service universel qu'à partir du moment où le pouvoir public créateur entend scinder une activité en deux composantes, l'une ouverte à la concurrence, en principe en dehors du régime de service public, et l'autre soumise à un régime de service public, le plus souvent en monopole. Pas toujours cependant. La composante sociale du service universel, dans les

---

télécommunications par une entreprise dominante. C'est en son nom ensuite que le même marché a été libéralisé. Elle a été importée dans le droit communautaire à la fin des années 1980, à l'occasion de la libéralisation du marché des télécommunications, pour finalement s'étendre à la plupart des industries de réseaux. Voy. M. DEBÈNE, O. RAYMUNDIE (1996), « Du service d'intérêt économique général au service universel : quels services publics pour le marché unique ? » ; W. DEVROE (2000), *Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit nationaal en Europees economisch recht*, livre IV ; G. GUGLIELMI (2006), « Un service public universel ? » ; W. SAUTER (2008), *op.cit.*, pp. 176 et s.

<sup>202</sup> G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI (2007), *Droit du service public*, p. 143.

<sup>203</sup> L'exemple le plus caractéristique, en droit belge, est celui de la loi du 24 mars 2003 instaurant un service bancaire de base, *M.B.*, 15 mai 2003. Le législateur a justifié son intervention de la manière suivante : « *Les services financiers sont à considérer comme des services d'intérêt général, services qui se doivent d'être prestés par les producteurs à l'ensemble de la population, (...) selon les principes suivants : – l'égalité de tous les citoyens en termes d'accès ; – l'universalité ; – la continuité et la régularité ; – la participation et l'information des utilisateurs, ainsi que le contrôle démocratique des prestataires ; – le droit des utilisateurs à des prestations efficaces et répondant aux besoins sociaux rencontrés ; – la soumission des prestations à des normes de qualité ; – l'évaluation régulière des prestations aux fins de leur adaptation à l'évolution des besoins collectifs et des progrès technologiques* » (*Doc.parl.*, Ch.repr., sess. 2000-2001, n° 50-1370/1, p. 6).

<sup>204</sup> J.M. CHEFFERT (1999), « Le service universel : une notion à cerner pour un champ politique à identifier », p. 13.

communications électroniques, est assurée par tous les opérateurs, par exemple. Le principe de la scission ne modifie pas l'activité elle-même (il s'agit toujours de distribuer le courrier, ou de permettre une communication téléphonique), mais celle-ci s'exerce sous deux régimes juridiques différents.

\* \*

\*

Cette affirmation de plus en plus forte de l'idée de service public dans le droit communautaire ne consacre pas pour autant une victoire du service public sur le marché, loin de là. Selon Martin Nettesheim, l'article 16 TCE (devenu 14 TFUE) ne remet en effet pas en cause les relations entre l'Etat et le marché, telles qu'elles étaient fixées auparavant, pas plus d'ailleurs qu'il ne garantit une « *liberté d'action totale dans le domaine des activités économiques d'intérêt général* ». Selon lui, « *la concordance pratique entre l'article 16 TCE et les réglementations de la concurrence (...) est issue de la différenciation entre moyens et fins : l'article 16 TCE légitime la poursuite par les Etats membres d'objectifs politiques qui ne sont pas ou pas aussi facilement atteignables à travers la libéralisation des mécanismes de marché* ». Le droit communautaire des SIG consacrerait ainsi la primauté du pouvoir politique sur le plan des fins, tout en conservant la primauté de la libre concurrence sur le plan des moyens<sup>205</sup>.

Il n'empêche, la notion de SIEG constitue désormais, dans le droit communautaire, une notion construite de manière positive. Le choix et la définition d'un SIEG et des ses obligations de service public appartiennent aux gouvernants, qu'il s'agisse du niveau européen, national, régional ou local. Une partie de la notion continue néanmoins à se définir négativement, par dérogation à un régime principal de libre concurrence auquel il faudrait échapper. Il s'agit essentiellement des moyens dont un SIEG doit se doter pour agir sur un marché, en particulier de son régime de financement. La notion de SIG, par contre, n'est toujours pas définie. Elle demeure essentiellement une catégorie générale, définie à partir de ses composantes, et appelée encore à se construire. Son manque de précision pourrait d'ailleurs favoriser son rapprochement avec la notion de service public<sup>206</sup>.

### C. Proposition pour l'avenir

Si le service d'intérêt général ne se confond pas, à ce jour, avec la notion belge de service public, la réflexion européenne qui vient d'être esquissée a incontestablement influencé cette notion. Plus que jamais, c'est le sens fonctionnel du service public qui est, non pas privilégié en droit européen, mais consacré. Il conduit de plus en plus, en ce sens, les Etats membres à distinguer les activités qu'ils ont érigées en service public des organismes qui en sont chargés. Cette distinction permet à chaque Etat, à chaque

---

<sup>205</sup> M. NETTESHEIM (2008), « Les services d'intérêt général en droit communautaire. Entre libre concurrence et Etat social », pp. 612-613 ; voy. également V. BAQUERO CRUZ (2005), « Beyond Competition : Services of General Interest and European Community Law », p. 169.

<sup>206</sup> Rapprochement que n'a pas manqué de faire W. DEVROE (2000), *op.cit.*, dans le livre IV de sa thèse avec plus qu'une pointe d'ironie : le trait commun des deux notions est en effet, selon lui, d'être indéfinissables.

pouvoir public, de déterminer le mode de gestion d'une activité qui lui paraît le plus adéquat.

A ce stade, deux propositions peuvent donc être formulées pour l'avenir. La première est d'ordre terminologique et, sans aucun doute, plus symbolique que juridique. La seconde est la proposition d'une définition, fonctionnelle, du service public.

D'un point de vue terminologique, il est incontestable que les notions nationale de service public et européenne de service d'intérêt général sont destinées à se rapprocher toujours plus l'une de l'autre. Pierre Rosanvallon expose, dans un remarquable essai sur l'évolution du rôle de l'Etat en France, une théorie économique du 18<sup>e</sup> siècle fondée sur le glissement entre la notion d'intérêt public et celle d'intérêt général. « *Parler d'intérêt public, c'est, dans le langage classique, parler de l'intérêt de l'Etat, l'Etat existant comme sujet propre, séparé et distinct de la société civile. La notion d'intérêt général de tous les hommes renvoie au contraire à une abstraction, qui est le support de l'idée de nation* »<sup>207</sup>. Cette distinction est particulièrement stimulante lorsque l'on réfléchit aux rapports entre le service public et le service d'intérêt général, à l'aune de l'histoire des services publics, et des industries de réseaux en particulier. La notion de service public entretiendrait, en ce sens, un lien fort avec le service à rendre à l'Etat, directement ou par la voie d'une instrumentalisation politique quelconque. C'est d'ailleurs bien là le sens originel du service public. Tandis que la notion de service d'intérêt général aurait davantage pour objectif de s'occuper des intérêts de « *tous les hommes* », de la société dans son ensemble et des utilisateurs du service en particulier. Même « à reculons », c'est bien un des effets des multiples politiques européennes, notamment au travers du service universel ou du protocole annexé au Traité de Lisbonne. L'utilisation de l'une ou de l'autre notion infléchirait ainsi le service vers l'Etat ou vers le citoyen. Sans minimiser ni contester l'importance de servir l'Etat, une des principales raisons d'être de celui-ci n'en demeure pas moins de servir l'intérêt général. La promotion de la notion de *service d'intérêt général* pour désigner ce que, jusqu'ici, l'on qualifiait de service public (fonctionnel) nous paraît dès lors tout indiquée. Elle est d'ailleurs apparue brièvement dans le domaine des télécommunications. Nul doute que cette notion européenne mettra cependant encore bien du temps à s'imposer.

Poursuivant une tentative antérieure<sup>208</sup>, nous nous risquons encore à proposer une nouvelle définition de service public ou de service d'intérêt général, fondée sur les deux éléments récurrents dans toutes les sources du droit : le caractère d'intérêt général d'une activité, et le lien entretenu par celle-ci avec les gouvernants, en nous inscrivant résolument dans le sens fonctionnel que la tradition juridique a déjà forgé et que le droit européen a consacré. Le service public ou le service d'intérêt général pourrait aujourd'hui se définir plus exactement comme *toute activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général qui est créée, dirigée ou reconnue, par une personne morale de droit public afin de garantir son accomplissement régulier*. La garantie de l'accomplissement est ici accentuée parce qu'elle permet seule de distinguer un service public d'une activité réglementée, également susceptible de satisfaire un besoin d'intérêt général (telle celle des architectes, des boulangers, des réviseurs d'entreprise,

---

<sup>207</sup> P. ROSANVALLON (1990), *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, p. 29.

<sup>208</sup> P.O. DE BROUX (2009), « Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen », pp. 54-55.

etc.)<sup>209</sup>. L'évolution décrite impose, par ailleurs, la disparition de la notion de *service public organique*, qu'il convient de remplacer par celle de *personne morale de droit public*, comme le suggère Patrick Goffaux dans son *Dictionnaire*.

---

<sup>209</sup> Cette garantie ne doit en outre pas se confondre, à notre estime, avec le principe de la continuité du service. Il nous semble indispensable en effet de distinguer la définition de la notion et l'objectif poursuivi, d'une part, du régime juridique du service public auquel on soumet l'activité à cette fin, d'autre part. Cette préoccupation explique l'amendement donné à notre précédente tentative de définition. Elle se rapproche de l'idée de Gérard Marcou de déterminer l'existence d'un service public à partir du critère de la détermination de l'offre, c'est-à-dire « *les caractéristiques du service offert et les conditions auxquelles il doit être offert* » (G. MARCOU (2001), *op.cit.*, pp. 386 et s.).

## CHAPITRE 2. LA CRÉATION DES SERVICES PUBLICS

La consécration de la notion fonctionnelle du service public par le droit européen, et sa transposition en droit belge, nous paraît imposer plus que jamais la nécessité de distinguer la création et l'organisation d'un service public. Le débat sur l'érection d'une activité en service public ne peut pas, ne peut plus, se limiter à la question de savoir s'il faut le confier à un organisme public ou le concéder à une entreprise privée. En définissant le service public par une activité, une tâche, une mission, une charge, on impose au pouvoir public créateur de réfléchir aux objectifs qu'il poursuit. Ensuite, ayant défini ces objectifs le plus précisément possible, il peut rechercher les meilleurs moyens pour les rencontrer.

L'histoire du droit des industries de réseaux a montré que cette distinction était possible, et qu'elle était pertinente. Elle a en outre illustré les potentielles dérives liées à l'absence de réflexion sur l'érection de l'activité en service public. Conditions de validité et critères d'intérêt général permettant l'érection d'une activité en service public sont donc passés une dernière fois en revue.

### A. Les conditions de création d'un service public

#### *1) Une règle procédurale : la création par la loi, le décret, l'ordonnance ... ou l'Europe*

La nécessité de créer un service public par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance pour les entités fédérées, n'est plus discutée ni contestée ces dernières années. Dans les limites de leur autonomie, les assemblées provinciales et communales sont également compétentes.

Le nouvel acteur, en réalité, c'est l'Europe. Dès la communication de 2000, il est admis que tout Etat membre peut créer un SIEG en définissant dans un acte juridique clair – la Cour de justice utilise parfois l'expression d'*acte de la puissance publique* – les obligations de service public auxquels seront soumis l'organisme gestionnaire. Le *Livre blanc* de 2004 étend cette possibilité à la Communauté européenne. La création d'un SIEG relève donc d'une « *responsabilité partagée de la Communauté et des Etats membres* »<sup>210</sup>, notamment fondée sur le principe de subsidiarité<sup>211</sup>. Cette co-responsabilité devrait également s'étendre à la création de SIG. Il en résulte une compétence importante pour le législateur national. Si celui-ci dispose « *d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition des services susceptibles d'être qualifiés d'intérêt économique général* », c'est à l'exception importante « *des secteurs dans lesquels cette question fait déjà l'objet d'une réglementation communautaire* »<sup>212</sup>. Dans les domaines où l'Europe est intervenue, l'Etat n'est plus autorisé à créer d'autres obligations de service public. C'est par exemple le cas dans le secteur des télécommunications, où le service universel, seul vestige du service public, est

<sup>210</sup> Selon l'expression de la Commission dans sa Communication du 26 avril 2006 précitée, p. 3.

<sup>211</sup> Sur ce principe, voy. F. DELPERÉE (2002), *Le principe de subsidiarité*.

<sup>212</sup> Considérant 7 de la décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.*, L 312/67, 29 novembre 2005 ; confirmé dans la Communication du 26 avril 2006 précitée (v. note 163), COM (2006) 177 final, pp. 3, 6 et 7.

entièrement défini au niveau européen, privant le législateur belge d'une très grande partie de sa marge d'appréciation. Ce pouvoir d'appréciation des Etats diminue au fur et à mesure de l'expansion de la législation européenne<sup>213</sup>.

2) *Une règle matérielle : la reconnaissance expresse de la qualité de service public et de la poursuite de l'intérêt général*

Répondre à un besoin d'intérêt général demeure intrinsèquement lié à l'érection d'une activité en service public. Mais, alors qu'au cours du 20<sup>e</sup> siècle, on admettait que la création d'une activité par l'Etat impliquait la reconnaissance de l'intérêt général et la qualité de service public, la séparation de plus en plus nette entre le service d'intérêt général et l'intervention de l'Etat ne nous paraît plus permettre les mêmes conclusions.

Dès lors que l'Etat peut agir, même dans le champ industriel ou commercial, en dehors de la notion de service public, il se doit désormais d'être plus explicite pour justifier la création d'un service public. Il prend sinon le risque que l'activité qu'il a créée ne bénéficie pas du régime juridique lié au service public. La loi du 21 mars 1991 est parfaitement claire à cet égard, lorsqu'elle distingue les missions de service public des autres activités des entreprises publiques autonomes. Mais au-delà encore, il convient que cette création soit justifiée par rapport à l'intérêt général. « *L'intérêt général apparaît alors comme un horizon de sens ou comme une visée qui devrait idéalement animer les délibérations politiques, même si son contenu est a priori indéterminé, et même si rien ni personne ne pourra jamais garantir l'effective adéquation de telle ou telle législation ou décision concrète avec ses requêtes* » ; il constitue une idée indispensable pour soutenir la création du service public, une *idée régulatrice*, selon le concept philosophique emprunté à Kant<sup>214</sup>.

Les gouvernants sont plus que jamais tenus de démontrer cette adéquation, de faire connaître tous les critères qui ont guidé leur décision de créer un service public. Ils sont en effet soumis à différents contrôles, susceptibles de conduire à l'invalidation du service public par la Cour constitutionnelle ou le Conseil d'Etat, ou du service d'intérêt économique général par la Commission européenne ou la Cour de justice, notamment pour atteinte à la liberté de commerce et d'industrie ou aux règles de concurrence (voy. *infra*). Si toutes ces institutions existaient avant 1990, ce n'est qu'après 1990 que leur action soumet réellement la création d'un service public à un certain contrôle. La validité de celui-ci est jugée sur la base de justifications « *objectives et raisonnables* » données par les pouvoirs publics, qui doivent correspondre à des « *exigences impératives d'intérêt général* »<sup>215</sup>. Julien De Beys confirme dans sa thèse, à propos de ce contrôle européen, que « *c'est à l'intérêt général, national et européen, qu'il faut revenir. Seule une évaluation à l'aune de l'intérêt général, concept politique et notion juridique, permet le juste équilibre entre les exigences sociales, environnementales ou culturelles et les exigences du marché, de la concurrence et de la compétitivité* »<sup>216</sup>.

<sup>213</sup> J. DE BEYS (2008), *Droit européen...*, *op.cit.*, pp. 406-408 et 410.

<sup>214</sup> H. DUMONT (2007), « Le mythe de la démythification en droit », p. 291.

<sup>215</sup> P. NIHOUL, B. LOMBAERT (2000), « Belgique », A. La subsidiarité et le droit public belge de l'économie, pp. 72-73 et les références citées.

<sup>216</sup> J. DE BEYS (2008), *Droit européen des aides d'Etat et intérêt général. Le contrôle des politiques nationales d'intervention économique par la Commission européenne*, p. 413.

L'intérêt général s'élève donc progressivement au rang de condition de validité d'un service public. Il est en effet indispensable pour justifier les dérogations aux limites qui se sont imposées ces dernières années. En pratique, le pouvoir public créateur doit désormais préciser expressément qu'il érige une activité en service public – idéalement dans le texte normatif lui-même – et justifier cette érection par rapport à l'intérêt général.

### 3) *Le respect de la liberté de commerce et d'industrie et des règles de concurrence*

Les tentatives de limiter le pouvoir des gouvernants pour ériger une activité en service public ou en SIEG se font toujours plus nombreuses, comme en témoigne la jurisprudence croissante à ce sujet. Les deux arguments utilisés sont relatifs à la violation de la liberté de commerce et d'industrie et/ou des règles de concurrence.

Au regard de la liberté de commerce et d'industrie, tout d'abord, il faut avant tout noter les deux évolutions importantes que celle-ci a connu. Aux termes de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, tel que modifié par la loi spéciale du 8 août 1988 : « *En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des Traités internationaux* ». Les entités fédérées mais également, parce qu'il s'agit d'une règle répartitrice de compétences, l'Etat fédéral, sont donc tenus de respecter la liberté de commerce et d'industrie, qui prend la valeur d'un principe général supérieur à la loi. L'insertion d'un nouvel article 23 dans la Constitution révisée de 1994, qui consacre « *le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle* », « *conforte la conception d'une économie fondée sur la liberté, à tout le moins formelle, de comportement* ». « *Il s'ensuit que les limitations qui y sont apportées doivent non seulement être prévues par le législateur et être interprétées restrictivement, mais doivent en outre respecter le principe d'égalité et de non-discrimination, demeurer dans les limites du raisonnable et être justifiées par un besoin tiré de l'intérêt général (critère de nécessité)* »<sup>217</sup>.

Il faut ensuite se demander s'il est porté atteinte à cette liberté par la création d'un service public, indépendamment du mode de gestion et des conditions d'exploitation de celui-ci. La jurisprudence n'est pas claire, de ce point de vue, l'idée n'ayant pas encore été soufflée aux praticiens de séparer les deux questions. Un point ne fait pas discussion : la liberté de commerce et d'industrie n'impose pas une abstention d'agir lorsque le secteur privé assume ou peut assumer une activité économique<sup>218</sup>. Selon Grégoire Brouhns, il n'existe « *aucune règle générale qui définirait les conditions dans lesquelles une activité économique pourrait ou non être exercée par un service public, par exemple en évoquant la 'carence' du secteur privé ou, encore, le caractère vital ou stratégique, pour le pays, de l'activité concernée. Le droit public de l'économie opère, en ce domaine, au cas par cas* »<sup>219</sup>. La carence privée n'est pas une condition de

<sup>217</sup> P. NIHOUL, B. LOMBAERT (2000), *op.cit.*, pp. 65-66, et citant notamment D. DÉOM, « Interventionnisme économique et pouvoir local en Belgique », *Diritto Pubblico*, 1998/3, p. 837.

<sup>218</sup> P. NIHOUL, B. LOMBAERT (2000), *op.cit.*, pp. 70-73, et les références citées à la note 86.

<sup>219</sup> G. BROUHNS (2003), *Introduction au droit public belge et européen de l'économie*, p. 102.

l'intervention des pouvoirs publics. Au-delà, la plupart des décisions de jurisprudence n'évaluent que les modes de gestion ou les conditions d'exploitation au regard de la liberté de commerce et d'industrie. Un arrêt, souvent cité, de la Cour d'arbitrage répond à l'argument d'une partie qui contestait l'érection en « *service public fonctionnel* » des centres d'enfouissement technique dans la gestion des déchets en Wallonie. La Cour répond que, « *sans doute le législateur décrétal eût-il pu opter pour un renforcement des mesures de police ou de surveillance existantes, ce qui aurait permis aux autorités de mieux contrôler les activités d'entreprises privées, sans porter une telle atteinte aux principes et libertés dont le respect est garanti par l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale. Rien ne permet cependant à la Cour d'affirmer avec certitude que les mesures de rechange suggérées par les parties requérantes auraient permis d'atteindre l'objectif poursuivi. Il n'appartient pas à la Cour de censurer le choix du législateur décrétal, dès lors que celui-ci est justifié par des considérations qui ne sont pas manifestement déraisonnables* »<sup>220</sup>. La Cour ne distingue pas d'intermédiaire entre l'activité réglementée et l'atteinte à la liberté de commerce causée par l'érection en service public « *dans les conditions et selon les modalités* » prévues par le décret wallon. On ne pourrait en déduire qu'il n'y en a pas. Il nous paraît difficile de savoir si la Cour, à défaut de justification raisonnable, aurait admis l'érection en service public à d'autres conditions, ne portant peu ou pas atteinte à la liberté de commerce et d'industrie. D'aucune plaident évidemment que la création d'un service public y porte par elle-même atteinte. Le débat reste ouvert de ce point de vue. Pour restreindre « par nature » la liberté des entrepreneurs, il nous semble qu'il faudrait que le régime juridique propre au service public contienne une règle nécessairement défavorable aux entrepreneurs, ce qui, envisagé de manière générale, est discutable. Dans le doute, le pouvoir public créateur veillera cependant toujours à soigneusement justifier l'érection d'une activité en service public au regard de l'intérêt général.

Les règles de concurrence concernent exclusivement les activités économiques des pouvoirs publics auxquelles elles sont seules applicables. Il convient donc, dans ce cas, de se demander si le service public que l'on veut créer est ou non une activité économique. Dimitri Yernault et Hugues Dumont reprochent avec force au droit européen de ne pas fournir de critères permettant de déterminer quand une activité est économique ou quand elle ne l'est pas<sup>221</sup>, ouvrant un nouveau champ d'incertitude. Si l'activité est économique, elle est soumise aux règles de concurrence. Elle peut cependant y déroger si elle est qualifiée de SIEG. Les institutions européennes se sont toujours refusé à énumérer les activités qui peuvent être érigées en SIEG par les Etats membres. Elles considèrent qu'il ne serait pas heureux de vouloir définir ces SIEG ou, à tout le moins, de déterminer de façon abstraite les domaines au sein desquels ils devraient s'exercer, de crainte d'en limiter involontairement le champ d'application. Elles sont encouragées en ce sens par la doctrine : « *très peu d'avancées dans l'intégration [européenne] se sont fondées sur des critères prédéfinis* »<sup>222</sup>. Il est dès lors admis que les Etats membres disposent de la plus grande liberté pour définir les services d'intérêt général, étant entendu que la Commission européenne et, après elle, la Cour de justice, sont compétentes pour vérifier s'il n'y a pas eu erreur manifeste d'appréciation

---

<sup>220</sup> C.A., arrêt n° 81/97 du 17 décembre 1997, point B.5.6.

<sup>221</sup> D. YERNAULT (2009), « Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques : le logement social, cheval de Troie malgré lui ? », pp. 206 et s. ; H. DUMONT (2009), « Conclusions générales. L'europanisation du droit des services publics, ou le service public entre menaces et renouveau », p. 339.

<sup>222</sup> M. NETTESHEIM (2008), *op.cit.*, p. 636.

de l'Etat membre, le plus souvent en vue d'échapper aux règles du Traité. Ce contrôle est donc susceptible de remettre en cause la qualification de SIEG donnée par un Etat membre. Ce contrôle s'exerce le plus souvent en miroir : la question est rarement celle de savoir si la création d'un SIEG est conforme au droit communautaire ; il s'agit plutôt de discuter de la soumission d'une activité aux règles de concurrence. Dans ce cadre, « *si on examine attentivement les motivations de la CJCE, on remarque que sa jurisprudence ne fournit jusqu'alors aucun critère efficace permettant de déterminer précisément quand l'ouverture au marché est nécessaire* ». Il faut déterminer, d'une part, si l'activité reflète un « *monopole naturel* », et mettre en œuvre, d'autre part, un faisceau de critères tels que « *l'évolution technologique, l'efficacité*<sup>223</sup>, *les conceptions sociales et le droit comparé* »<sup>224</sup>. Troisième source d'incertitude.

Il faut à nouveau se demander si c'est l'érection en SIEG qui est susceptible de déroger aux règles de concurrence, ou bien son mode de gestion et ses conditions d'exploitation. Comme on vient de le dire, les institutions européennes se demandent surtout si l'ouverture au marché est nécessaire, ce qui à notre estime n'empêche pas en soi la qualification de SIEG. Les attendus des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne vont cependant au-delà de la seule question de l'ouverture à la concurrence, donc du mode de gestion. Le célèbre arrêt relatif à la RTT juge en effet que « *l'exclusion ou la restriction de la concurrence sur le marché des appareils téléphoniques ne peut être regardée comme justifiée par une mission de service public d'intérêt économique général (...). La production et la vente de terminaux, notamment, d'appareils téléphoniques est une activité qui doit pouvoir être exercée par toute entreprise* »<sup>225</sup>. Il faut une ouverture au marché, mais en toute hypothèse, la vente de téléphones ne peut constituer un service public. La Commission a, elle aussi, soutenu que « *la notion de service d'intérêt économique général ne peut être étendue à des services qui revêtent un caractère purement commercial et ne répondent pas à des besoins généraux et fondamentaux de la population concernant des services considérés comme un élément essentiel de la vie quotidienne* »<sup>226</sup>. Elle entend donc manifestement contrôler de manière fort poussée l'erreur éventuelle d'appréciation qu'un Etat membre aurait commise en qualifiant une activité de SIEG, sans se limiter à la question de l'ouverture à la concurrence. On l'a également écrit ci-dessus, le seul critère de ce contrôle doit nécessairement rester celui de l'intérêt général. La pratique de la Commission semble parfois privilégier le recours au concept de défaillance du marché. La plupart des juristes sont néanmoins d'accord pour considérer que l'intérêt général « *ne se définit pas par les insuffisances ou imperfections du marché* »<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, *Rec.*, 1991, p. I-1979, §§ 24-25 : « *Pour ce qui concerne le comportement d'un office public pour l'emploi, bénéficiant d'un droit exclusif en matière de placement, par rapport aux activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, exercées par des sociétés privées de conseil en recrutement, il convient de constater que l'application de l'article 86 du traité ne saurait faire échec à la mission particulière impartie à cet office, dès lors que celui-ci n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché à cet égard et qu'il tolère, en fait, une atteinte à son droit exclusif par ces sociétés* ». C'est un des arrêts les plus commentés à cet égard.

<sup>224</sup> M. NETTESHEIM (2008), *op.cit.*, p. 614.

<sup>225</sup> C.J.C.E., arrêt *RTT/GB-Inno-BM* du 13 décembre 1991, C-18/88, § 22.

<sup>226</sup> Communication de la Commission adressée aux Etats membres et autres intéressés au sujet de l'aide d'Etat n° N 376/01 – Régime d'aides en faveur des installations à câbles, *J.O.*, 18 juillet 2002, C 172/02, § 42, cité par J. DE BEYS (2008), *op.cit.*, p. 403.

<sup>227</sup> J.Y. CHEROT (2002), *Droit public économique*, p. 144, cité par J. DE BEYS (2008), *Droit européen...*, *op.cit.*, p. 412.

De récents arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vont également dans le sens d'un contrôle accru des motifs d'intérêt général qui justifient les privilèges ou les atteintes aux droits et libertés qu'emporteraient des missions de service public. Selon la Cour, en effet, « *même dans le cadre de recours à des procédures de droit privé, l'administration peut poursuivre des missions de droit public. Par conséquent, des privilèges et immunités lui seraient éventuellement nécessaires pour accomplir ledit rôle. Toutefois, la seule appartenance à la structure de l'Etat ne suffit pas en soi pour légitimer, en toutes circonstances, l'application de privilèges étatiques, mais il faut que cela soit nécessaire au bon exercice des fonctions publiques (Meïdanis c. Grèce, n° 33977/06, § 30, 22 mai 2008). En effet, le simple intérêt de trésorerie de l'Etat ne peut pas être assimilé à lui seul à un intérêt public ou général qui justifierait dans chaque cas précis l'atteinte aux droits de l'individu* »<sup>228</sup>. Cette jurisprudence conforte à la fois le recours au concept d'intérêt général et l'importance de justifier celui-ci.

Contrairement aux 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècle<sup>229</sup>, l'érection d'une activité en service public est désormais susceptible d'être remise en cause par diverses juridictions, sur la base d'une liberté de commerce et d'industrie fortement renforcée et des règles de concurrence européennes et nationales. Ces limites ne constituent cependant pas, à proprement parler, une condition de validité. Elles contraignent surtout les gouvernants à respecter la condition matérielle de l'intérêt général. Dès lors que celui-ci existe, il permet de s'affranchir des limites ici décrites.

## **B. Les critères d'appréciation de l'intérêt général**

Les pouvoirs publics créateurs se sont bien rendu compte de la nécessité accrue de donner un contenu à l'intérêt général susceptible de justifier la création d'un service public. Les nouveaux services créés font plus souvent l'objet d'une motivation étendue, à l'inverse de ceux, notamment dans les quatre secteurs étudiés, qui étaient considérés depuis si longtemps comme des services publics. Cette motivation témoigne d'une nouvelle diversification des besoins fondamentaux, ainsi que de l'essor et, paradoxalement, de la méfiance croissante à l'égard du critère de la carence privée.

### *1) La garantie de droits constitutionnels ou de besoins fondamentaux*

Les besoins fondamentaux de la société sont mieux que jamais encadrés par la Constitution, dont la révision en 1993 a permis de consacrer de nouveaux droits économiques, sociaux et culturels. Sont ainsi consacrés « *1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle (...); 2° le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique; 3° le droit à un logement décent; 4° le droit à la protection d'un environnement sain; 5° le droit à l'épanouissement culturel et social* ». Ces nouveaux droits sont, plus que jamais, utiles pour permettre de justifier la création d'un service public au regard de l'intérêt général. En intégrant le droit à la santé et à un environnement sain, ils constitutionnalisent des

<sup>228</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Zouboulidis c. Grèce* du 25 juin 2009, §35. Voy. sur le rôle de la Cour et du Conseil de l'Europe dans l'évolution de la notion de service public P.O. DE BROUX (2009), « Historique et transformation de la notion de service public à la lumière du droit européen », pp. 51-53.

<sup>229</sup> A l'exception notable des initiatives communales et provinciales, soumises depuis bien longtemps au contrôle des juridictions de l'ordre judiciaire et, depuis sa création en 1946, du Conseil d'Etat.

préoccupations déjà anciennes sur le fondement desquelles la distribution d'eau a été érigée en service public.

Sur la base de ces nouveaux droits, comme des anciens, les gouvernants entreprennent de fonder leur intervention, encouragés en ce sens par la doctrine importante qui dégage des obligations positives de réalisation à charge des pouvoirs publics, à partir des droits fondamentaux consacrés par le droit international et la Constitution<sup>230</sup>. Ces obligations positives n'imposent cependant pas aux Etats de recourir à la création d'un service public. Elles permettent tout au plus de justifier aisément cette création. La construction d'un réseau de télécommunications, confiée à la société ASTRID en 1998, est motivée par les « *tâches de service public dans le domaine de la politique de sécurité intérieure* »<sup>231</sup> auxquelles ce réseau est chargé de satisfaire. Pour justifier la création d'un service public fonctionnel « *de l'exploitation des centres d'enfouissement techniques des déchets* », le gouvernement expose notamment que « *seules les autorités publiques peuvent, dans une perspective de long terme, garantir que des actions soient entreprises pour éviter que les sites ayant servi à l'enfouissement ne portent atteinte à l'environnement* »<sup>232</sup>. Les télévisions locales ont pour mission de service public « *la production et la réalisation de programmes d'information, d'animation, de développement culturel et d'éducation permanente* »<sup>233</sup>.

Une autre évolution marque cependant la période étudiée en ce qui concerne les besoins fondamentaux de la société. Le service public perd de plus en plus l'apanage de leur réalisation. Sous la pression des institutions européennes en faveur de l'ouverture des marchés à la concurrence, les pouvoirs publics admettent que ces besoins puissent être convenablement garantis par le secteur privé en dehors de toute notion de service public, pour autant que celui-ci soit concurrentiel, et le cas échéant moyennant le maintien d'une importante régulation aux mains des pouvoirs publics. L'exemple le plus caractéristique est celui des télécommunications. L'activité a été en grande partie « *déclassée* »<sup>234</sup>, sortie du cadre juridique du service public. Seul est maintenu un

---

<sup>230</sup> Voy. I. HACHEZ (2008), *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, pp. 212-237 ; S. VAN DROOGHENBROECK, I. HACHEZ (2005), « Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux », pp. 102-117. Une opinion intéressante est émise à ce propos par S. BRACONNIER (1997), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, pp. 402-403 : selon lui, à propos des obligations positives qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « *si l'on suit la logique de la Cour européenne, c'est l'individu qui déterminera à l'avenir la place accordée au service public au sein du droit administratif. C'est autour des droits de l'individu que se bâtira à l'avenir le concept de service public, et non plus seulement autour de la notion d'intérêt général. (...) C'est là une vision tout à fait originale qui tend en définitive à faire de l'individu et de ses droits le déterminant principal d'un concept, le service public, très lié à l'idée de communauté. (...) Dès lors que le service public, notion fondatrice et légitimante du droit administratif, n'est plus identifiée uniquement au travers de l'intérêt général mais également et surtout au travers de l'individu, c'est le droit administratif lui-même qui change de légitimité. (...) en la matière, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, par une approche plus politique sinon plus humaniste, pourrait venir contrebalancer les effets dévastateurs pour le service public de l'approche essentiellement économique du droit communautaire* ».

<sup>231</sup> Exposé des motifs de la loi du 8 juin 1998, *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1997-1998, n° 1435/1, p. 4.

<sup>232</sup> Exposé des motifs du décret wallon du 27 juin 1996, *Doc.*, Parlement wallon, 1994-1995, n° 344, n° 1, p. 16

<sup>233</sup> Art. 65 du Décret de la CF sur les services de médias audiovisuels coordonné le 26 mars 2009, *M.B.*, 24 juillet 2009.

<sup>234</sup> Selon l'expression de X. DELGRANGE, L. DETROUX (2005), « Les limites constitutionnelles à la privatisation », pp. 40-41.

service universel, dernier bastion qu'il convient de garder sous contrôle pour en garantir l'accomplissement.

## 2) La carence de l'initiative privée ou l'échec du marché

La carence de l'initiative privée demeure un motif prisé de justification de l'intervention publique, spécialement au niveau européen<sup>235</sup>. Dans les limites des théories économiques décrites dans la seconde partie de la thèse, il n'y a pas lieu de le rejeter comme critère, en rappelant qu'elle ne peut constituer une condition.

Julien De Beys préconise néanmoins d'abandonner toute référence à ces concepts strictement économiques, dans la mesure où ils demeurent insuffisants pour justifier l'intérêt général. Plus précisément, il décèle deux menaces dans la théorie du *market failure* : elle fait tout d'abord « peser une menace diffuse sur la liberté d'appréciation dont disposent les Etats membres en matière de services publics » : « insister trop lourdement sur la justification par la défaillance du marché risque de gommer une dimension importante du choix des Etats membres en ce secteur ». Par ailleurs, « la seule référence à la théorie de la défaillance du marché donne un éclairage beaucoup trop réducteur de la fonction de l'Etat dans l'économie. (...) On ne rend pas compte de la sorte des initiatives positives des autorités publiques, dont le rôle conduit aussi à stimuler, à encadrer et à diriger »<sup>236</sup>. Bien que limitée au droit des aides d'Etat, ces remarques sont particulièrement pertinentes pour l'étude du service public, d'autant que c'est dans ce droit des aides d'Etat qu'est née la notion de SIEG.

## 3) D'autres critères ?

Paradoxalement, alors que l'exigence de justification par rapport à l'intérêt général s'est significativement renforcée, le contenu donné à celui-ci semble de plus en plus s'élargir à cette « constellation de services de moindre grandeur » dont parlait Orianne.

Au-delà du domaine public, les considérations d'ordre urbanistique sont invoquées pour justifier le service public de l'exploitation des centres d'enfouissement technique wallons. Les services destinés à faciliter ou optimaliser l'exploitation des autres services publics connaissent des sorts divers suite à l'adoption de la loi du 21 mars 1991. Ils peuvent désormais être exploités par des personnes morales de droit public sans relever pour autant de la notion de service public. Le monde des filiales, des activités annexes ou des ASBL administratives demeure cependant assez opaque de ce point de vue.

Toute une série d'autres critères, plus ou moins distants des besoins fondamentaux connaissent un essor remarquable. La promotion du tourisme, du folklore, de l'image du pays, d'une région ou d'une ville, le développement de loisirs et de divertissements, fleurissent au détour d'activités dont l'accomplissement est garanti par les autorités publiques. Le souci d'intégration de personnes d'origine étrangère, la promotion du néerlandais dans la périphérie bruxelloise, l'intérêt général se décline de plus en plus largement. En matière postale, il faut que « les tâches de service public soient adaptées

---

<sup>235</sup> J. DE BEYS (2008), *op.cit.*, p. 201-202.

<sup>236</sup> *Idem*, p. 203.

à l'évolution des besoins de société et du développement des technologies, et du droit européen »<sup>237</sup>. Le risque corrélatif est évidemment de susciter davantage de contestation, ce d'autant plus aisément que les moyens de contrôle se sont renforcés. Un exemple récent, parmi d'autres, témoigne de cette définition large de l'intérêt général, et du contrôle corrélatif des plus hautes juridictions. En 2008, une ordonnance bruxelloise érige en service public fonctionnel les lignes de bus qui font découvrir aux touristes les sites remarquables de la Région de Bruxelles-Capitale. Les objectifs poursuivis sont « de faire de ces services un « instrument contribuant à améliorer l'image de la ville » et à la « mobilité entre les différents sites touristiques ». (...) La qualité [actuelle] des services proposés est considérée comme faible, entre autres en raison des parcours offerts qui amènent l'usager à ne visiter que les « sites commercialement les plus intéressants » et qui, de ce fait, provoquent une « standardisation du panorama du patrimoine bruxellois proposé », masquant ainsi sa « diversité ». Les bus utilisés sont décrits comme vétustes, nuisibles à l'environnement et non conformes aux normes environnementales auxquelles sont soumis les bus de la STIB ». Bref, la région entend garantir « la qualité [des bus utilisés], des services offerts et des lieux d'intérêt proposés ». Cette ordonnance, contestée par un des exploitants privés de ces lignes, est validée laconiquement par la Cour constitutionnelle : « il résulte de ce qui précède que ce n'est, ni sans nécessité, ni de manière disproportionnée au but poursuivi que la disposition attaquée règle l'activité économique » dont question<sup>238</sup>.

\* \*

\*

Il est sans doute plus difficile que jamais de délimiter le champ de l'intérêt général. D'autres s'y sont risqués avant nous, sans y parvenir de manière satisfaisante ou uniforme<sup>239</sup>. Nous reprenons plutôt volontiers à notre compte la réflexion de Julien De Beys, qui soutient que « l'intérêt général ne se définit pas, il se déclare et cette déclaration s'attache tant à la fonction de juger qu'à la fonction législative. Les juges, des ordres administratif et judiciaire, trouvent dans l'intérêt général une norme de référence à l'appui du contrôle de légalité tandis que les législateurs recourent en vue d'asseoir préventivement la légitimité des normes qu'ils posent »<sup>240</sup>, et plus particulièrement en l'espèce, des services publics qu'ils créent.

---

<sup>237</sup> Troisième contrat de gestion du 28 juin 2002 entre l'Etat et La Poste S.A. de droit public, *M.B.*, 24 septembre 2002, p. 10.

<sup>238</sup> Ordonnance de la RBC du 6 mars 2008 portant organisation des transports desservant des lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 1<sup>er</sup> avril 2008 ; et ses travaux préparatoires cités dans C.Const., arrêt n° 87/2009 du 28 mai 2009, points B.18.1 et B.18.2.

<sup>239</sup> Voy. B. THIRY (1999), « Les conceptions de l'intérêt général dans l'Union européenne ».

<sup>240</sup> J. DE BEYS (2008), *op.cit.*, p. 29.



### CHAPITRE 3. L'ORGANISATION DES SERVICES PUBLICS

On aurait pu croire que la diversification des formes d'organisation au cours du 20<sup>e</sup> siècle allait réduire les possibilités des gouvernants de recourir à de nouvelles structures institutionnelles. Il n'en est rien. L'effet cumulé des politiques de libéralisation, de privatisation et de régulation renforce au contraire cette diversification des modes de gestion et des voies de financement auxquels un pouvoir public peut recourir pour organiser un service public. Les réformes de l'Etat successives accentuent même ce processus.

La doctrine se borne à en prendre acte, ou à étudier la question sous un angle particulier. A l'exception d'une initiative flamande très intéressante, et qui connaît un relatif succès au nord du pays, personne ne réinterroge la classification traditionnelle des modes de gestion des services publics à la lumière de ces évolutions. Tel est l'objet de ce dernier chapitre juridique. Il entend surtout formuler des suggestions, sur la base des théories formulées dans la seconde partie de la thèse, tout en vérifiant la pertinence de celles-ci pour analyser le cadre juridique d'aujourd'hui.

#### *SECTION I – LES MODES DE GESTION*

Le choix d'un mode de gestion a encore évolué à pas de géants. Là où auparavant, il « suffisait » de choisir entre monopole et concurrence, puis entre autonomie et contrôle, entre un pôle public ou privé, de nouvelles formes d'organisation administrative viennent encore complexifier le paysage institutionnel des services publics. Cette complexité est à la fois une richesse et une contrainte. Elle permet d'affiner nettement encore la recherche des moyens adéquats pour rencontrer les objectifs poursuivis par l'érection d'une activité en service public. Elle est également contrainte parce qu'assortie d'une multiplicité de contrôles politiques et juridictionnels qui affectent tant le pouvoir public créateur que les autorités de régulation et que les organismes chargés du service public.

#### **A. La fin des monopoles et la régulation, des phénomènes liés ?**

Les monopoles, de plus en plus attaqués au début des années 1990, sont mis en déroute par le droit européen. *« L'intensification de la lutte concurrentielle (...) semble constituer un des effets différés de la crise économique. Le secteur de la grande économie, en tout cas, entre manifestement dans une ère de manœuvres et de stratégies plus mobiles que jadis, et l'évolution technologique crée constamment de nouveaux enjeux dans la recherche d'activités rentables. Dans ce contexte, les particularités et les rigidités du secteur public sont de moins en moins bien acceptées (...). Cette évolution se trouve confortée, sur un plan plus institutionnel, par l'influence croissante des concepts du droit communautaire et par les nécessités maintes fois évoquées du prochain 'grand marché' »*<sup>241</sup>. Libertés économiques, règles de concurrence et ouverture des frontières symbolisant l'avènement d'un grand marché unique, *« favorisent l'entrée d'opérateurs privés sur des marchés traditionnellement réservés*

<sup>241</sup> D. DÉOM (1990), *Le statut juridique des entreprises publiques*, p. 478.

aux monopoles publics »<sup>242</sup>. La construction européenne est ainsi à l'origine de bien des libéralisations, induites ou imposées, mais aussi de l'extension à l'étranger des activités de nombre d'entreprises publiques. Services financiers et postaux, énergie, transport et – sans aucun doute le plus caractéristique – télécommunications, sont les premiers secteurs à connaître une transformation importante de leur organisation administrative, on l'a vu. Plusieurs types de libéralisation sont possibles : soit on crée la concurrence au sein d'un régime de service public (ce n'est plus le cas dans les secteurs étudiés), soit on maintient un service public en concurrence avec des activités libres (audiovisuel), soit on affranchit une partie de l'activité du service public en maintenant l'autre partie sous un régime de service universel ou de SIEG (postes, chemins de fer, télécom). Dans tous les cas de libéralisation, apparaissent en outre des mécanismes de régulation.

Ces politiques de libéralisations ont donc pour première conséquence de stimuler les deux notions européennes vues ci-dessus, à savoir le service universel et le service d'intérêt économique général. Le régime du service universel est en général organisé intégralement par le droit européen, qui définit son étendue, son mode de gestion et les voies de financement autorisées. Le régime du service d'intérêt économique général est laissé – dans la mesure vue ci-dessus – à la libre appréciation des Etats membres. L'article 106 TFUE (ancien 86 TCE) est la principale source des modes de gestion et de financement admis par le droit européen pour satisfaire à un SIEG.

Une seconde conséquence de l'emprise européenne, liée à ces phénomènes de libéralisation et de privatisation, tout comme au rapprochement des activités économiques de l'Etat avec le droit commun, révolutionne plus fondamentalement encore les modes d'organisation administrative. Confronté à la libéralisation d'anciennes activités monopolistiques, l'Etat va séparer les fonctions d'agrément, de surveillance ou de contrôle de ces activités – rapidement qualifiées de fonctions de régulation, par référence au vocabulaire anglo-saxon – des fonctions d'exploitation des services et des infrastructures. Cette fonction de régulation, de plus en plus souvent considérée comme une mission essentielle de l'Etat, entraîne la création de nouveaux organismes, spécialisés dans un secteur, et appelés à contrôler celui-ci notamment pour le contraindre à respecter les règles de concurrence. Les *autorités de régulation* ainsi créées (l'IBPT, la *Commission de régulation de l'électricité et du gaz* – CREG, le *Conseil de la concurrence*, la *Commission bancaire, financière et des assurances* – CBFA, le CSA, le VRM,...)<sup>243</sup>, disposent d'une très large autonomie – on utilise désormais la notion d'*autorité administrative indépendante* – pour exercer leur mission. Aucun contrôle de tutelle n'est en principe plus autorisé sur celles-ci<sup>244</sup>. La raison en est que le principal opérateur sur lequel les autorités de régulation exercent leur contrôle est l'opérateur historique, dans lequel, en Belgique en tout cas, l'Etat garde encore toujours une participation majoritaire. Selon Marie-Anne Frison-Roche, « *les régulateurs sont des structures qui ne sont pas des fonctions déconcentrées mais des nouvelles structures en charge directe de construire, avec une liberté technique, et des pouvoirs qui les font ressembler à des Etats dans l'Etat* »<sup>245</sup>. Il ne s'agit pas « d'une

<sup>242</sup> V. PIRLOT (2008), *op.cit.*, p. 235.

<sup>243</sup> Voy. P. BOUCQUEY, P.O. DE BROUX (2007), « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », pp. 211-220 et les références citées ; P. BOUCQUEY (2010), « Le développement de la régulation ».

<sup>244</sup> D. DELVAX (2008), « Les contrôles administratifs pesant sur les autorités administratives indépendantes » ; D. DE ROY (2006), « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge ».

<sup>245</sup> M. A. FRISON-ROCHE (2006), *Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes*,

*action matérielle de prestation de service de gestion d'une activité qui relève de l'Administration, ni de la détermination de politiques qui relève des gouvernants. La régulation consiste à veiller au respect des règles du jeu social et à maintenir par là la cohésion sociale »<sup>246</sup>.*

Troisième conséquence de cette évolution fondamentale, bien que brossée à très larges traits, c'est la tendance à l'uniformisation des modes de gestion des entreprises publiques et privées, ou plus exactement du rapprochement significatif des institutions publiques avec les formes et les règles du droit commun : *« les principes du droit administratif (...) se combinent aux principes de gestion empruntés au droit économique privé, tandis que la logique managériale gagne l'administration tenue désormais de démontrer son efficacité. (...) L'opposition traditionnelle entre l'intérêt général et les intérêts privés fait place à une conscience beaucoup plus nette de leur nécessaire enchevêtrement en même temps que se densifient les interrelations entre pouvoirs publics et groupes d'intérêts sociaux »<sup>247</sup>. Ce rapprochement se traduit notamment par le développement marqué de la forme contractuelle dans les relations administratives. Contrat de gestion<sup>248</sup>, contrat d'administration<sup>249</sup>, accord de coopération<sup>250</sup>, contrat de service public<sup>251</sup> : depuis les années 1980, cet instrument de gestion publique typique du phénomène de régulation n'a fait que prospérer, au point de devenir un des modes (une mode ?) les plus prisés d'organisation des relations entre pouvoir public créateur et organisme chargé d'un service public<sup>252</sup>.*

Le choix d'exploiter un service public en monopole ou, surtout, en concurrence, s'est donc notablement complexifié, donnant en particulier naissance au service universel et aux autorités de régulation. Ce choix se place toujours sur un autre plan que celui du choix des degrés d'autonomie et de contrôle, entre deux pôles public et privé. Mais plus que jamais, il s'y superpose, élargissant les variations disponibles, susceptibles de rencontrer au mieux les objectifs des pouvoirs publics. Les conditions et les critères du monopole ou de la concurrence en sont devenus, nous semble-t-il, indissociables de ce choix, dès lors que l'exigence principale est de rencontrer adéquatement les objectifs poursuivis par l'érection en service public. Ils sont donc examinés ci-après.

## **B. L'élargissement des modes de gestion entre les pôles public et privé**

Plus que jamais, les évolutions du droit administratif économique ont *« uni leurs effets pour abolir les frontières entre le « public » et le « privé », entre pouvoir politique et*

---

p. 64. Voy. aussi X. DELGRANGE, L. DETROUX, H. DUMONT (1999), « La régulation en droit public », pp. 40-50.

<sup>246</sup> C. TEITGEN-COLLY (1988), « Les autorités administratives indépendantes ; histoire d'une institution », pp. 26-27.

<sup>247</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (2002), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, p. 146 ; V. PIRLOT (2008), *op.cit.*, p. 236.

<sup>248</sup> Il apparaît dans la loi du 21 mars 1991 précitée, *M.B.*, 27 mars 1991.

<sup>249</sup> Il apparaît dans l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale, *M.B.*, 30 avril 1997.

<sup>250</sup> Il apparaît, en matière de décentralisation administrative, dans le décret flamand « *Kaderdecreet bestuurlijk beleid* » du 18 juillet 2003, *M.B.*, 22 août 2003.

<sup>251</sup> Il n'existe encore qu'en droit européen, en matière ferroviaire, où il est né dans le règlement n° 1893/91 du 20 juin 1991 modifiant le règlement n° 1191/69 précité, *J.O.*, L 169, 29 juin 1991.

<sup>252</sup> D. DE ROY (2010), « Les contrats d'administration et de gestion : instruments d'autonomie et de contrôle ? ».

*puissance économique, entre le marchand et le régalien. Jupiter et Mercure allaient entretenir des relations incestueuses et contre nature aux yeux de beaucoup* »<sup>253</sup>. Étonnamment pourtant, presque aucun auteur ne met en question l'inscription des nouveaux modes de gestion des services publics au sein de la théorie classique de Buttgenbach, qui demeure cardinale aujourd'hui dans la doctrine et dans les enseignements de droit administratif<sup>254</sup>. Au mieux, une catégorie nouvelle est créée pour accueillir les entreprises publiques autonomes de la loi de 1991, voire exceptionnellement pour les autorités administratives indépendantes.

De nombreuses autres nouveautés sont pourtant apparues par rapport aux cinq catégories que nous avons proposées dans la deuxième partie de cette thèse. Pour ne pas nous répéter, nous nous permettons de renvoyer à cette deuxième partie pour la délimitation de leur contenu, en nous bornant ici à les mettre à jour. Les deux pôles eux-mêmes, gestion centralisée et gestion privée, n'ont pas connu d'évolution significative durant la période qui nécessite une mise à jour particulière<sup>255</sup>. Il convient seulement de signaler que le droit européen a admis « *qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services* »<sup>256</sup>. C'est ce que le droit européen a appelé la gestion *in house*, et qui confirme la possibilité pour toute autorité publique de créer, exploiter et financer des activités de manière centralisée.

### *1) La gestion publique autonome sous le contrôle hiérarchique du pouvoir central*

Confortant dans une certaine mesure notre analyse préalable, Yves Houyet écrit en 2008 que « *la déconcentration se caractérise par la subordination des organes déconcentrés aux pouvoirs centraux qui est garanti par l'exercice de l'autorité hiérarchique* ». Selon lui, ce type de contrôle ne doit pas être perçu comme « *la résultante du mode d'organisation administrative choisi (...) mais comme une composante de ce dernier* »<sup>257</sup>. En élevant le type de contrôle au rang de composante du mode d'organisation administrative, il justifie la classification que nous avons adoptée, qui se structure, pour rappel, à partir des différents degré d'autonomie et de contrôle de l'exploitation du service public.

Parmi les évolutions de ce mode d'organisation, il faut souligner le regain d'intérêt pour les services d'Etat à gestion séparée, prévus par l'article 140 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat. Ne prévoyant pas l'octroi de la personnalité juridique, ce mode de gestion ne représente qu'une technique budgétaire particulière, comparable aux

<sup>253</sup> C. CHAMPAUD, cité par Ph. QUERTAINMONT (2007), *Droit public économique*, p. 8.

<sup>254</sup> M. HERBIET, A.L. DURVIAUX (2008), *Droit public économique*, pp. 140 et s. ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE (2009), *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, pp. 123-127 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER, M. SCARCEZ (2010), *Manuel de droit administratif*, pp. 207 et s.

<sup>255</sup> Voy. néanmoins le très bon article de F. BELLEFLAMME (2009), « La concession de service public : quel renouveau ? ».

<sup>256</sup> C.J.C.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, C-324/07, §§ 48-50 et les références citées. Cet arrêt étend la possibilité de gestion *in house* au cas où plusieurs autorités publiques détiennent une entité concessionnaire à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, une intercommunale par exemple.

<sup>257</sup> Y. HOUYET (2008), « Les procédés de contrôle tutélaires sur l'action des entités décentralisées au sein de l'Etat fédéral », p. 54. Voy. aussi B. LOMBAERT (2008), « Le pouvoir hiérarchique comme mode de contrôle administratif ».

mécanismes des fonds budgétaires. Le succès de ce mode de gestion s'explique notamment par la souplesse qu'il offre, en ce compris d'un point de vue légal : c'est le gouvernement qui a le pouvoir de créer ce type de service, au cas par cas. Ont été créés sous cette forme le réseau de télécommunications BELNET, notamment, ou le Secrétariat polaire chargé d'assurer la gestion de la station *Princess Elisabeth* dans l'Antarctique<sup>258</sup>.

## 2) La gestion autonome sous le contrôle de tutelle du pouvoir central

Cette catégorie, la plus classique, correspond pour rappel à ce que Buttgenbach qualifiait de décentralisation fonctionnelle, identifiée à partir de trois critères : la personnalité juridique, l'autonomie organique et le contrôle de tutelle. De manière étonnante, cependant, la classification des organismes paraétatiques dans cette catégorie fait l'objet de peu ou pas de débat dans la doctrine. Le plus souvent, l'exposé est divisé entre la liste des organismes déconcentrés et la liste des organismes décentralisés, sans la moindre justification relative à la distinction adoptée. Nous l'avons écrit ailleurs, à notre estime, ce procédé ne va pas sans poser de problèmes : il nous paraît surprenant que la majorité de la doctrine persiste à considérer le contrôle de tutelle comme un élément essentiel de la décentralisation par service, tout en y intégrant ensuite des organismes soumis soit à un contrôle hiérarchique, soit à un contrôle plus diffus que le pouvoir hiérarchique ou la tutelle. Et ce sans jamais s'en justifier, ou presque. Confronté à un tel paradoxe, nous avons encouragé la remise sur le métier de cette catégorie<sup>259</sup>.

A la suite de Yves Houyet<sup>260</sup>, nous avons cette fois résolument choisi de faire du contrôle de tutelle le critère déterminant de la classification, sans reprendre cependant la terminologie de la décentralisation fonctionnelle. En l'absence d'un contrôle de tutelle, il faut se rabattre sur une des autres catégories distinguées ci-après. Même en érigeant une telle limite, les évolutions au sein de cette catégorie ont également été nombreuses en vingt ans.

Le contrôle sur les sociétés publiques d'investissement, tout d'abord, a sensiblement progressé. La loi du 2 avril 1962 organise un contrôle plus strict sur la *Société fédérale de Participations et d'Investissement* (SFPI) grâce à l'intervention d'un commissaire de gouvernement, et confère au gouvernement un pouvoir d'annulation des décisions contraires à la loi ou aux « *objectifs prioritaires de la politique financière de l'Etat* » ; un contrôle similaire est exercé sur les sociétés régionales d'investissements et sur certaines de leurs filiales<sup>261</sup>. Ces sociétés nous paraissent aujourd'hui mieux relever de la catégorie des associations de droit public décrite par Buttgenbach.

---

<sup>258</sup> Art. 140 des lois sur la comptabilité de l'Etat coordonnées le 17 juillet 1991, *M.B.*, 21 août 1991. Voy. I. MATHY (2010), « Etre ou ne pas être une personne juridique distincte de l'Etat, la Communauté ou la Région ? L'autonomie avec ou sans personnalité juridique », pp. 62-63 et les nombreux exemples cités. Ce mode de gestion existait déjà bien avant 1991 : voy. D. DÉOM (1990), *Le statut juridique...*, *op.cit.*, pp. 162-163.

<sup>259</sup> P.O. DE BROUX (2010), « Introduction à la décentralisation administrative : évolutions théoriques et pratiques politiques ».

<sup>260</sup> Y. HOUYET (2008), *op.cit.*, p. 54.

<sup>261</sup> Loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale de Participations et d'Investissement et les sociétés régionales d'investissement, *M.B.*, 18 avril 1962, telle que modifiée pour la dernière fois par la loi du 26 août 2006, *M.B.*, 30 août 2006, spéc. les articles 1<sup>er</sup>, 2<sup>ter</sup>, 3<sup>sexies</sup>, 4, ainsi que, pour la Région wallonne,

Le développement des compétences des communautés et des régions a entraîné par ailleurs une augmentation du nombre d'organismes *paracommunautaires* et *pararégionaux*. Mais aussi, et surtout, une nouvelle diversification des modes de gestion. La Flandre s'est montrée particulièrement proactive dans ce domaine, en tentant une rationalisation complète de ses institutions dans son « *Kaderdecreet bestuurlijk beleid* » du 18 juillet 2003. Ce décret distingue quatre degrés d'autonomisation (*verzelfstanding*) : *l'agence autonomisée interne sans personnalité juridique* – qui correspond à la déconcentration classique, notre première catégorie ci-dessus –, *l'agence autonomisée interne dotée de la personnalité juridique* – équivalente aux administrations personnalisées, toujours dans notre première catégorie –, *l'agence autonomisée externe de droit public* – c'est-à-dire des organismes personnalisés soumis à un contrôle de tutelle, soit la définition classique de la décentralisation et la présente catégorie –, et enfin *l'agence autonomisée externe de droit privé*, sans contrôle de tutelle et reprise dans la catégorie suivante liée aux mécanismes de régulation<sup>262</sup>. Cette classification conforte à nouveau notre proposition de classer les modes de gestion selon leur degré d'autonomie et de contrôle. Irène Mathy utilise néanmoins ce décret pour démontrer que, à l'instar des tentatives à l'origine de la loi du 16 mars 1954, l'établissement d'une législation cadre est « *par essence* » vouée à l'échec, le législateur flamand ayant déjà dérogé à diverses reprises aux régimes aménagés par ce décret cadre<sup>263</sup>.

La même année est adoptée la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral<sup>264</sup>, qui se substitue partiellement à la loi du 16 mars 1954, principale pourvoyeuse de la catégorie ici examinée. Cette loi prévoit un nouveau régime budgétaire et comptable pour les *organismes administratifs publics*, notion inconnue jusqu'alors, qui désigne les « *organismes d'administration publique dotés de la personnalité juridique* », à l'exclusion des institutions publiques de sécurité sociale. D'après les travaux parlementaires, cette notion vise plus précisément la « *nature administrative intrinsèque des organismes, indépendamment des formes juridiques empruntées* » - en ce compris une forme commerciale - , et par conséquent les organismes « *constitués dans le but prioritaire de rencontrer des besoins d'intérêt général, en dehors de toute considération commerciale, ce qui les situe au sein du secteur non marchand* ». « *Les entités publiques qui ne sont pas chargées principalement d'un service public, mais d'une activité à caractère économique (marchand), les « entreprises publiques », sont exclues de cette catégorie, qu'elles disposent ou non de la personnalité juridique* »<sup>265</sup>. L'article 85 de la loi distingue

---

les articles 22 et 29 ; décret flamand du 7 mai 2004 « *betreffende de investeringsmaatschappijen van de Vlaamse overheid* », *M.B.*, 8 juin 2004, spéc. art. 7ter. Voy. Ph. QUERTAINMONT (2007), *Droit public économique*, pp. 230-233.

<sup>262</sup> *M.B.*, 22 août 2003. Ce décret met assez fidèlement en œuvre la classification novatrice proposée par A. ALEN, W. DEVROE (1999), *Verzelfstanding van bestuursstaken in België*, lesquels avaient explicitement assimilé (p. 5) l'autonomisation interne avec la déconcentration et l'autonomisation externe avec la décentralisation.

<sup>263</sup> I. MATHY (2010), *op.cit.*, pp. 60-61.

<sup>264</sup> *M.B.*, 3 juillet 2003, spéc. art. 2 et 85 et s.

<sup>265</sup> Exposé des motifs du projet de loi portant organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral, *Doc.parl.*, Ch.repr., sess. 2001-2002, n° 1870/001, p. 57 (n° 114) et p. 119 (n° 256). Voy., pour la définition juridique européenne des secteurs marchands et non marchands, à laquelle il conviendrait de se référer (selon B. LOMBAERT, P.O. DE BROUX (2005), « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé », p. 343), le *Système européen de comptes 1995* (SEC95) annexé au Règlement 2223/96 du Conseil du 25 juin 1996, *J.O.*, 30 novembre 1996, L 310.

encore les *organismes à gestion ministérielle*, soumis directement à l'autorité du ministre (et qui devraient relever de notre première catégorie ci-dessus), et les *organismes à gestion autonome*, sans préjudice des pouvoirs de tutelle et de contrôle du ministre. La principale innovation de la loi du 22 mai 2003 est la distinction entre les organismes publics marchands et non marchands – et, par ailleurs, l'opposition critiquable entre le service public et l'activité économique des pouvoirs publics, l'un n'excluant pas l'autre à notre estime –. La loi permet principalement d'accroître le contrôle budgétaire et comptable des personnes publiques non marchandes, singulièrement sur les A.S.B.L. administratives, en soumettant leur budget à un mécanisme de tutelle d'approbation<sup>266</sup>. Elle fait ainsi remonter, dans une certaine mesure, les modes de gestion publique des activités non marchandes dans la présente catégorie.

Enfin, nous revenons ci-dessous sur la situation particulière des entreprises publiques autonomes et des sociétés anonymes de droit public. Les premières sont soumises à une fragile tutelle de légalité, mais pas d'opportunité, qui n'est pratiquement jamais activée. Les secondes ne sont pas par nature soumises à une tutelle quelconque, mais en pratique la plupart des lois particulières en ont prévu une. Voilà qui démontre une fois encore les limites de toute tentative de classification.

### 3) *La gestion autonome sous le contrôle de mécanismes de régulation*

La gestion autonome d'un service public sous le contrôle de mécanismes de régulation nous paraît pouvoir constituer un nouveau mode de gestion de service public, qui serait caractérisé par les mécanismes de régulation. Ceux-ci ont connu un essor considérable dans le droit administratif depuis vingt ans, apparaissant même en dehors des secteurs où ils sont traditionnellement confinés. L'exemple de la distribution d'eau en Flandre est remarquable de ce point de vue.

A l'instar du contrôle hiérarchique ou du contrôle de tutelle, il faudrait d'abord définir la régulation ou, du moins, le type de contrôle qu'elle exerce. L'exercice est périlleux, notre analyse du phénomène n'ayant pas été approfondie, et les approches existantes du phénomène demeurant assez variées<sup>267</sup>. A défaut de le définir, nous retenons du phénomène qu'il s'exprime au travers de mécanismes de décisions individuelles, d'avis et de recommandations, de contrôle, de transparence de l'information, de sanctions administratives, de médiation voire de pouvoir juridictionnel de règlement des litiges, etc.

---

266 Voy. F. BELLEFLAMME (2010), « Les A.S.B.L. des pouvoirs publics », p. 281. Cette distinction entre organismes publics marchands et non marchands fait penser à la distinction tracée par la thèse de Diane Déom entre les *administrations*, chargées de l'application de la loi, et les *entreprises*, titulaires d'un « pouvoir d'initiative : [l'entreprise publique] est investie d'une capacité de choisir des moyens d'action uniquement en fonction de leur aptitude à réaliser la fin pour laquelle elle est instituée » (D. DÉOM (1990), *Le statut juridique...*, *op.cit.*, pp. 487-490. Voy. également Ph. QUERTAINMONT (2007), *Droit public économique*, *op.cit.*, pp. 237-241).

<sup>267</sup> J. JORDANA, D. LEVI-FAUR (2004), *The Politics of Regulation. Institutions and regulatory reforms for the age of governance* ; D. DE ROY, R. QUECK (2003), « De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition – Vers un droit de la régulation ? », pp. 554 et s., et les nombreuses références citées ; S. RODRIGUES (2000), *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, pp. 218-223.

Les mécanismes de régulation sont également caractérisés par la négociation des règles applicables, en particulier au moyen d'instruments contractuels, même entre personnes publiques. Le contrat de gestion en constitue la « *figure juridique révélatrice* », popularisée par la loi du 21 mars 1991 déjà plusieurs fois commentée<sup>268</sup>. Les *entreprises publiques autonomes* qu'elle crée bénéficient d'une autonomie de gestion renforcée dans divers domaines, et leurs missions de service public sont définies dans un contrat de gestion. Elle exerce en principe ses activités dans un secteur industriel ou commercial, et demeure soumise à un contrôle de tutelle de légalité par un commissaire de gouvernement. Paradoxalement, l'importance doctrinale de cette transformation est inversement proportionnelle au succès de cette forme de gestion publique<sup>269</sup>. Elle reste aujourd'hui limitée à six grandes entreprises héritières des fleurons de l'activité publique économique au 20<sup>e</sup> siècle, dans le seul secteur des communications : Belgacom, La Poste, la SNCB, Infrabel et la SNCB-Holding, et enfin Belgocontrol. La notion a, une seule fois, dépassé le cadre de la loi de 1991, lorsque la RTBF a été érigée en EPA<sup>270</sup>.

La loi de 1991 prévoit également la transformation d'une entreprise publique autonome en *société anonyme de droit public*. Cette autre forme innovante d'organisme public – nouvel indice du rapprochement avec le droit commun – a nettement moins attiré l'attention de la doctrine. Elle a cependant suscité un intérêt beaucoup plus important auprès des différents législateurs, comme le montre la liste des nombreuses sociétés créées sous cette forme, dressée par Irène Mathy, sans référence systématique d'ailleurs à la loi de 1991<sup>271</sup>. Le rapprochement avec le droit commun des sociétés commerciales est plus étroit que jamais puisque, sauf dérogation prévue par la loi, la société est soumise aux règles applicables aux sociétés anonymes<sup>272</sup>. La forme d'une société anonyme de droit public n'implique pas *ipso facto* l'exercice d'un contrôle de tutelle, même si en pratique, toutes les sociétés existantes sont actuellement soumises par leur loi organique au contrôle d'un commissaire de gouvernement, et la plupart d'entre elles ont conclu un contrat de gestion avec leur pouvoir public créateur (Astrid, ou la VRT, par exemple).

Relève également de cette catégorie d'organismes contrôlés par des mécanismes contractuels *l'agence autonomisée externe de droit privé* imaginée par le « *Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid* » de 2003. Cette agence n'est soumise à aucun contrôle de tutelle, mais elle est tenue de conclure un accord de coopération avec la communauté ou la région flamande<sup>273</sup>. Cette dernière catégorie est particulièrement novatrice dans la législation administrative belge, qui n'avait jusqu'alors jamais explicitement admis l'existence d'organismes publics dispensés d'un contrôle de tutelle.

---

<sup>268</sup> D. DE ROY (2010), *op.cit.* Voy. également le *contrat de service public* dans le domaine ferroviaire, en droit européen.

<sup>269</sup> Voy. Ph. QUERTAINMONT, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 : du desserrement de l'étreinte étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques », dans *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Actes de la journée d'études organisée à l'ULB le 23 octobre 1991, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 65-88 ; V. PIRLOT (2008), *op.cit.*, pp. 238-248.

<sup>270</sup> Art. 1<sup>er</sup> du décret du 14 juillet 1997 portant statut de la RTBF, *M.B.*, 28 août 1997.

<sup>271</sup> I. MATHY (2010), *op.cit.*, pp. 58-59.

<sup>272</sup> Art. 37 à 42 de la loi précitée du 21 mars 1991. Voy. également la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, *M.B.*, 9 juillet 1991, qui transforme à la même époque la plupart des institutions publiques de crédit en sociétés anonymes de droit public.

<sup>273</sup> Décret flamand précité du 18 juillet 2003, *M.B.*, 22 août 2003.

#### 4) La gestion administrative indépendante

Une seconde catégorie nouvelle nous paraît encore devoir être ajoutée aux modes de gestion déjà distingués. Elle se caractérise par l'absence de contrôle du pouvoir exécutif sur l'accomplissement du service, tout en conservant un lien étroit avec les pouvoirs publics et disposant, le plus souvent, de larges pouvoirs de contrôle, de décisions, de sanctions voire de juridiction. Elle désigne, parmi les secteurs étudiés, une bonne partie des autorités de régulation qui ont été rencontrées. Pas toutes cependant : il en est dont la nature du contrôle exercé par le pouvoir exécutif ne permettrait pas de les considérer comme suffisamment indépendantes. Le Service de Régulation en matière ferroviaire, sur lequel le ministre a la haute direction, ne nous paraît pas compatible avec la présente catégorie. Comme le souligne David De Roy, « *l'équation entre autorités de régulation et autorités administratives indépendantes n'est pas toujours vérifiée* »<sup>274</sup>.

Cette gestion indépendante a été récemment entérinée par la Cour constitutionnelle, dans un arrêt remarquable du 18 novembre 2010 relatif à l'autorité de régulation dans les secteurs du gaz et de l'électricité, la *Commission de régulation de l'électricité et du gaz* (CREG). Selon la Cour :

« B.3.2. La création de la CREG s'inscrit dans le contexte de libéralisation du marché de l'électricité réalisée en exécution de directives de l'Union européenne. Ces directives tendent à assurer l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence (...). Elles ont imposé la création, dans chaque Etat membre, d'une autorité nationale de régulation qui a notamment pour mission d'exercer un contrôle sur les gestionnaires de réseau et sur leurs tarifs et qui peut aussi être chargée du contrôle de leur comptabilité (...).

B.4. La CREG est une autorité administrative qui dispose d'une large autonomie qui n'est pas compatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou à une tutelle administrative. Elle est instituée dans le but d'accomplir certaines missions que le législateur souhaitait soustraire à l'autorité du Gouvernement fédéral.

B.5. (...) L'article 37 de la Constitution (...) ne s'oppose pas non plus à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste, pour le surplus, soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire. (...)

B.8.1. Dans la mesure où ce qui précède ne suffirait pas pour justifier [l'autonomie de la CREG], cette situation est justifiée, en vertu de l'article 34 de la Constitution, par les exigences découlant du droit de l'Union européenne.

B.8.2. Le fait que la CREG exerce ses missions avec un degré élevé d'autonomie découle en effet des exigences du droit de l'Union européenne »<sup>275</sup>.

Cet arrêt valide ainsi l'existence d'*autorités administratives autonomes*, disposant de *compétences exécutives*, en dehors de tout contrôle hiérarchique ou de tutelle, ou même d'un contrat de gestion quelconque. La doctrine relative aux autorités administratives indépendantes peut incontestablement y trouver un fondement important, de même que la catégorie que nous proposons.

<sup>274</sup> D. DE ROY (2006), « Le pouvoir règlementaire... », *op.cit.*, p. 723 ; P. BOUCQUEY, P.O. DE BROUX (2007), « Les recours juridictionnels ... », pp. 214-220.

<sup>275</sup> C.Const., arrêt n° 130/2010 du 18 novembre 2010.

## 5) La gestion autonome sous le contrôle des mécanismes du droit commun

Des associations publiques échappant à tout contrôle de tutelle, mais néanmoins contrôlées par les pouvoirs publics, ont encore été régulièrement créées par les gouvernants durant la période étudiée.

C'est le « *Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid* » de 2003 qui l'exprime le plus formellement. Il distingue en effet les entités créées par une autorité publique sous une forme de droit public ou sous une forme de droit privé. La seconde catégorie s'inscrit dans le présent titre. La Cour des comptes nous paraît avoir appuyé la même distinction dans un rapport récent :

*« Si l'accent est mis sur un statut de droit public, (...) l'autonomie de gestion est toujours assortie d'un contrôle administratif. L'autorité de contrôle reste compétente pour suspendre ou annuler les décisions de l'institution ou, par exemple, les soumettre à une approbation préalable dans le but de faire respecter la législation ou dans l'intérêt général.*

*Si l'accent se porte plutôt sur une forme d'association privée, comme une asbl, il est généralement admis que l'autorité doit éviter d'exercer sur cette association les formes de contrôle administratif classiques, sous peine de perdre les caractéristiques typiques normalement liées à une association ou une société privée. C'est la raison pour laquelle un contrôle spécifique est la plupart du temps organisé en tenant compte de la particularité de l'entité autonome. (...)*

*Dans la pratique, il apparaît qu'en recourant aux formes de droit privé telles que les sociétés, les pouvoirs publics ont déjà organisé notamment les formes de contrôle spécifiques suivantes :*

- *les résultats atteints et la situation financière doivent être communiqués périodiquement au gouvernement ;*
- *les procès-verbaux, la correspondance ou les documents doivent pouvoir être consultés par un ministre désigné, qui peut demander à l'administrateur délégué ou aux membres du conseil d'administration toutes les vérifications ou tous les éclaircissements jugés nécessaires ;*
- *certaines dépenses peuvent, à la demande expresse du parlement, être soumises à un audit financier ou à un examen de la régularité ou de l'efficience par la Cour des comptes ;*
- *les systèmes de contrôle interne doivent régulièrement faire l'objet d'un audit par l'administration ;*
- *les comptes annuels, établis et approuvés selon les dispositions du droit des sociétés applicable doivent être soumis, en vue de leur contrôle, à un collège de commissaires, composé de réviseurs d'entreprises et de membres de la Cour des comptes »<sup>276</sup>.*

C'est cette *forme d'association privée*, et les formes de contrôle décrites, qui caractérisent le mieux, nous semble-t-il, cette gestion autonome sous le contrôle des mécanismes du droit commun. S'inscrivent également au sein du présent titre les sociétés à forme privée qui sont détenues, en tout ou en majorité, par une société

---

<sup>276</sup> Cour des comptes, « Les entreprises informatiques des pouvoirs publics. La collaboration des pouvoirs publics avec l'asbl Smals », rapport transmis à la Chambre des représentants, 3 juin 2009, pp. 37-38 – disponible sur [www.courdescomptes.be](http://www.courdescomptes.be).

publique d'investissement, qui peut nommer la majorité des membres des organes de gestion. Bien que de forme strictement privée, de telles entreprises à capital public sont incontestablement de propriété publique. Elles demeurent pourtant le plus souvent en dehors du champ d'application des règles propres aux personnes morales de droit public. L'enjeu n'est pas mince, pourtant : en 2007, « *par le biais de ces participations au capital et par le truchement d'administrateurs publics, la Région wallonne siège ainsi dans un demi-millier de conseils d'administration* »<sup>277</sup>.

La distinction entre des sociétés créées sous une forme publique ou sous une forme privée n'est, certes, pas encore tout à fait satisfaisante, dès lors qu'elle exclurait sans doute trop vite toute société ayant une forme publique. Une société anonyme de droit public, si aucune tutelle ni aucun contrat de gestion ne lui était imposé, devrait également relever du présent titre, par sa soumission aux modes de contrôle du droit commun. Enfin, André Alen et Wouter Devroe ont très justement critiqué la dualisation « public-privé » et montré l'étendue des formes hybrides d'organismes *autonomisés externes*<sup>278</sup>, rejoignant ainsi l'opinion générale exprimée dans la présente thèse et par les deux auteurs auxquels elle se réfère sur ce point, à savoir Guy Vanthemsche et Frederik Vandendriessche.

\* \*

\*

La nature théorique de la classification qui précède explique ses imperfections et ses limites, déjà soulignées dans la deuxième partie : catégories non étanches, service public géré de différentes façons, qui cumulent les modes de gestion développés ci-dessus, etc. Il nous paraît néanmoins que se dessine ainsi de manière relativement complète le paysage des modes de gestion possible d'un service public. Il s'agit ensuite, armé de ces connaissances, de choisir le mode de gestion adéquat pour le service concerné. L'étude de ce choix fait l'objet du titre suivant.

### **C. Le choix du mode de gestion**

En même temps que les exigences à l'égard de l'intérêt général croissent et sont contrôlées, le choix du mode de gestion consiste désormais à vérifier que les moyens utilisés permettent de rencontrer les objectifs poursuivis.

#### *1) Les conditions du choix entre les pôles public et privé et entre le monopole et la concurrence*

D'un point de vue procédural, le choix de la manière dont doit être gérée un service public semble toujours appartenir à la loi, au décret ou à l'ordonnance. La règle ne semble cependant pas absolue, et demeure surtout liée aux dérogations qu'impliquent le mode de gestion choisi par rapport aux droits et libertés. Dans une contribution très fouillée, Irène Mathy considère par exemple la création de services au sein de l'administration centrale (centralisés donc, voire déconcentrés ?) comme une chasse

---

<sup>277</sup> Ph. QUERTAINMONT (2007), *Droit public économique, op.cit.*, p. 233.

<sup>278</sup> A. ALLEN, W. DEVROE, *op.cit.*, pp. 23-24, puis pp. 32 et s.

gardée du pouvoir exécutif. Mais dès qu'il s'agit d'aller plus loin dans l'autonomie, déjà pour créer un service à gestion séparée, par exemple, l'intervention du législateur pour créer un organisme public serait indispensable, et il ne peut en principe pas déléguer sa compétence au pouvoir exécutif<sup>279</sup>. La question semble discutée pour l'octroi des concessions : « *certain auteurs soutiennent qu'il existe une compétence générale de conclure des concessions, qu'aucune habilitation législative n'est nécessaire et que cette formalité éventuelle ne correspond pas à la pratique suivie par les ministres. D'autres, apparemment suivis par la section de législation du Conseil d'Etat, soutiennent qu'il appartient au parlement, soit d'autoriser la concession de services déterminés, soit d'investir le Roi du pouvoir de concéder telle ou telle catégorie de services* »<sup>280</sup>. La nécessité de l'intervention du législateur semble donc varier selon le mode de gestion choisi. Cela nous paraît juste, eu égard aux divers fondements invoqués pour justifier cette intervention, principalement comprise comme dérogoire. Si aucune dérogation à des droits et libertés n'est prévue, si aucun exercice de la puissance publique n'est autorisé, alors la liberté des pouvoirs publics pour choisir un mode de gestion devrait être plus grande. Le cas de l'ASBL Smals, par exemple<sup>281</sup>, montre la possibilité existant pour des pouvoirs publics de s'associer et de contrôler un organisme, dont la mission est exclusivement destinée à assurer l'informatisation des institutions publiques de sécurité sociale, mais qui n'a pourtant jamais été traduite dans une loi. Si une dérogation apparaît, en particulier à la liberté de commerce et d'industrie, lorsque le monopole est privilégié par exemple, l'intervention du législateur est indispensable.

D'un point de vue matériel, les limites du choix du mode de gestion doivent surtout être posées à l'égard des deux pôles identifiés : limites à la « *privatisation* » et limites à la « *publicisation* » des services publics.

Les limites à la privatisation d'un service public ont déjà fait l'objet d'une littérature abondante, et semblent, à la lecture de celle-ci, relativement faibles. La plupart des auteurs semblent d'accord « *pour réserver en principe à l'autorité publique les activités qui présentent un lien étroit avec les droits et libertés individuels, notamment parce qu'un acteur privé devrait être considéré comme intrinsèquement incapable de les respecter* ». François Belleflamme conclut cependant avec justesse que « *cette idée elle-même ne va pas sans présenter certaines difficultés* »<sup>282</sup>. Selon Sébastien van Drooghenbroeck et Isabelle Hachez, sur ce fondement, « *une limite s'imposerait par évidence si les particuliers ne pouvaient, d'aucune manière, se voir astreints au respect des droits fondamentaux. (...) De telles limites seraient liées à la nature particulière de tel ou tel droit fondamental dont on ne pourrait concevoir qu'il soit respecté par un acteur autre que l'acteur public* », actant au passage la « *relativité culturelle* » des réponses qui pourraient être apportées à une telle question<sup>283</sup>. Une seconde limite à la privatisation est généralement déduite de l'exercice des pouvoirs constitutionnels et de la puissance publique. En tant que telle, la limite n'empêche pas de confier des

<sup>279</sup> I. MATHY (2010), *op.cit.*, pp. 36-53.

<sup>280</sup> F. BELLEFLAMME (2009), « La concession de service public : quel renouveau ? », p. 565.

<sup>281</sup> Voy. la note 110 ci-dessus.

<sup>282</sup> F. BELLEFLAMME (2009), « La concession ... », *op.cit.*, p. 549.

<sup>283</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, I. HACHEZ (2005), « Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux », pp. 128-129. Voy. aussi D. YERNAULT (1997), « Convention européenne des droits de l'homme et privatisation des services publics : quelle protection des libertés publiques dans le processus de "libéralisation" ? » ; N. THIRION (2002), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, pp. 404-409.

activités, voire des parcelles de puissance publique à un entrepreneur privé. Le seul principe fondamental qui doit alors être respecté, et « *constituer une barrière infranchissable à toute opération de privatisation : c'est celui de la démocratie. Aucune norme, aucune acte ne doit pouvoir être imposa par quelque personne – physique ou morale, de droit public ou privé – que ce soit sans faire l'objet d'une forme ou d'une autre de contrôle populaire* », affirment avec conviction Xavier Delgrange et Luc Detroux. A leur suit, Irène Mathy démontre que l'étendue des compétences susceptibles d'être confiées à un organisme public varie en fonction du degré d'autonomie et de contrôle choisi<sup>284</sup>.

Les limites à la publicisation – le terme est sans doute un peu réducteur – nous paraissent par contre davantage significatives dans le droit des dernières décennies, colonisé par le droit de la concurrence. Désormais, en effet, les hautes juridictions constitutionnelle et administrative n'ont pas hésité à apprécier la validité de la création et/ou du mode de gestion d'un service public au regard de la liberté de commerce et d'industrie, érigée en principe constitutionnel depuis 1988. Celle-ci doit être appréhendée « *comme limitant dans une certaine mesure l'interventionnisme direct des pouvoirs publics dans l'économie* »<sup>285</sup>. Nous rejoignons cette appréciation s'il s'agit, en matière de service public, de limiter le choix du mode de gestion, à l'exclusion de l'érection en service public. C'est dans le même sens que nous interprétons le rapport de Bruno Lombaert selon lequel « *s'agissant de l'intervention directe des pouvoirs publics dans la vie économique, la liberté de commerce et de l'industrie entraîne donc deux exigences. La première est que le législateur ait procuré à l'investisseur public une habilitation claire et précise, cette habilitation devant faire l'objet d'une interprétation restrictive. La seconde résulte de l'application du principe de proportionnalité : les pouvoirs publics doivent s'abstenir d'apporter à la liberté d'entreprise des opérateurs privés, des contraintes hors de proportion avec l'objectif poursuivi* »<sup>286</sup>. La première exigence est relative à la création du service public, on l'a vu ci-dessus. La seconde exigence est relative, à notre estime, au choix du mode de gestion du service public. Il faut désormais tenir compte du principe de proportionnalité dans ce choix, qui doit permettre de rencontrer adéquatement les fins poursuivies par l'érection en service public.

## 2) Les critères du choix entre les pôles public et privé et entre le monopole et la concurrence

Selon Stéphane Braconnier, « *a priori, il n'existe pas (...) de bon ou de mauvais mode de gestion des activités de service public. L'essentiel doit toujours être de rechercher le mode de gestion le plus adapté à la taille et à la nature du service public, aux infrastructures existantes ou à réaliser, à la souplesse opérationnelle du service, aux objectifs managériaux visés, notamment en termes de personnel, et aux partenariats potentiels* », et ce, comme on l'a examiné dans la seconde partie de notre thèse, en

---

<sup>284</sup> X. DELGRANGE, L. DETROUX (2005), « Les limites constitutionnelles à la privatisation », p. 85 ; I. MATHY (2010), *op.cit.*, pp. 82-94.

<sup>285</sup> P. NIHOUL, B. LOMBAERT (2000), « Belgique », A. La subsidiarité et le droit public belge de l'économie, p. 71.

<sup>286</sup> Rapport de l'auditeur B. LOMBAERT sous C.E., arrêt n° 130.492 du 21 avril 2004, *Revue de droit communal*, 2005/1, p. 23. Dans le même sens : Cass. arrêt du 17 décembre 2010.

fonction des intérêts tant du pouvoir public créateur que de ceux du gestionnaire du service, du service lui-même et de ses utilisateurs<sup>287</sup>.

D'un point de vue juridique, les premiers critères se dégagent des modalités de gestion souhaitées ou nécessitées par le service. Le degré d'autonomie choisi entre les pôles public et privé emporte en effet certains effets. Ainsi, plus l'autonomie est importante, plus les pouvoirs qui peuvent être exercés sont réduits. C'est une des limites à la *publicisation* examinée ci-dessus. L'octroi de la personnalité juridique emporte des conséquences juridiques qui peuvent être mise à profit « *en vue d'optimiser la gestion des services de l'autorité publique* »<sup>288</sup>.

De même, lié à un besoin fondamental, le choix du mode de gestion du service public devrait *a fortiori* tenir compte de la manière dont celui-ci est le plus adéquatement satisfait. L'analyse déjà citée de Sébastien van Drooghenbroeck et d'Isabelle Hachez conclut de ce point de vue qu' « *il apparaît de moins en moins que l'effectivité des droits fondamentaux puisse se concevoir sans apport des capitaux et du know how des acteurs privés ; diaboliser la privatisation sous bannière des droits fondamentaux peut, de ce point de vue, confiner à la naïveté. D'un autre côté, toutefois, cette privatisation salutaire pourrait être dissuadée par le poids des charges qu'il convient, parallèlement, d'imposer à l'acteur privé aux fins de préserver tant que faire se peut l'intégrité desdits droits. On le voit donc : en la matière,(...) tout est question d'équilibre et de juste mesure* »<sup>289</sup>.

D'un point de vue pratique, le niveau de qualité souhaité doit donc être un critère déterminant du choix d'un mode de gestion, le pôle public ou le pôle privé, le degré d'autonomie ou de contrôle, la gestion en monopole ou en concurrence, y étant plus ou moins favorable. Le secteur audiovisuel constitue un exemple frappant du dilemme auquel les gouvernants sont susceptibles de faire face. Les deux principales forces susceptibles de détourner les services audiovisuels à leur seul profit sont en effet les pouvoirs publics eux-mêmes, mais aussi les sociétés commerciales, principalement à des fins de publicité. Chacun des deux pôles représente ainsi une des tares potentielles de ce service public. Le choix, la nécessité même, d'un choix d'un mode intermédiaire de gestion semble s'imposer dans ce cas<sup>290</sup>.

Un autre motif, plus diffus, de création d'un organisme autonome pour gérer un service public s'est récemment affirmé. Un tel organisme est susceptible d'apporter une forte visibilité, une meilleure lisibilité et une plus grande cohérence à l'action gouvernementale ; il peut renforcer son efficacité, par la spécialisation de ses membres et la rapidité de son intervention, en particulier dans des matières techniques et/ou changeantes<sup>291</sup>. Il serait l'expression du passage d'une logique de service public à une

---

<sup>287</sup> S. BRACONNIER (2007), *Droit des services publics*, pp. 377-382.

<sup>288</sup> I. MATHY (2010), *op.cit.*, p. 114.

<sup>289</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, I. HACHEZ (2005), *op.cit.*, p. 130.

<sup>290</sup> Voy. également, dans le secteur de l'eau, l'analyse de P. CORNUT (2003), *Histoires d'eau*, pp. 76-86.

<sup>291</sup> Certes déjà présent à l'esprit du législateur depuis de nombreuses années (voy. par exemple l'exposé des motifs de la loi du 9 juillet 1975 ayant créé l'*Office de contrôle des assurances*, cité par V. PIRLOT (2008), *op.cit.*, pp. 176-177), ce motif devient prépondérant depuis les années 1990, comme en témoignent par exemple la création du *Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme* en 1993, de l'*Agence fédérale de contrôle nucléaire* en 1994, de l'*Agence fédérale pour la sécurité de la chaîne alimentaire* (AFSCA) en 1999 suite à la crise de la dioxine, de l'*Agence fédérale d'accueil des demandeurs d'asile* (Fedasil) en 2001 ou de l'*Institut pour l'égalité des femmes et des hommes* en 2002

logique de la performance, considérées *a priori* comme antinomiques, mais que les gouvernants tentent aujourd'hui de (ré)concilier. Assurer la compétitivité du service, dans l'intérêt du gestionnaire particulièrement, est aussi un motif régulier du choix d'un mode de gestion plus autonome.

Tous ces critères, appréciés *in concreto*, doivent donc permettre au pouvoir public créateur d'un service public de poser son choix de manière éclairée, en tenant compte encore du régime juridique de chacun des modes de gestion existants ou à inventer.

Il est cependant d'autres critères récurrents qui orientent aujourd'hui les choix des gouvernants. La création de parastataux témoigne souvent d'une volonté d'échapper à certaines règles contraignantes de la gestion publique ou à la trop grande politisation d'un service. Les règles relativement lourdes imposées en matière d'aide d'Etat, de financement des services d'intérêt économique général et de marchés publics conduisent de plus en plus souvent les autorités publiques à choisir l'une ou l'autre forme d'organisation administrative en raison des règles auxquelles elle veut échapper. De même, la création d'organismes décentralisés est souvent justifiée – même si cela n'est jamais explicitement affirmé – par un souci de « débudgétisation », permettant de respecter les règles strictes de déficit public et de dette publique imposées par le Traité de Maastricht<sup>292</sup>. La crise de la dette publique des Etats européens survenue en 2010 est susceptible d'encore renforcer la tendance à la débudgétisation et, par conséquent, à la décentralisation.

\* \* \*

\*

En conclusion, il faut encore insister sur le fait que ce choix entre les différents modes de gestion devrait être par nature évolutif. « *Le choix optimal d'un mode de gestion ne repose pas seulement sur une expertise objective et rationnelle, en amont, de l'activité considérée. Il implique également, et presque surtout, une réévaluation périodique de sa pertinence, en aval* ». Sur le modèle français, ou sur tout autre modèle, il conviendrait vivement que le législateur se saisisse de la question, et puisse créer un cadre qui favorise le passage d'un mode de gestion à l'autre, de manière à rendre ce choix réversible. Le transfert des biens et du personnel d'un mode de gestion tout à fait privé à un mode de gestion tout à fait public, et inversement, nécessite tant d'opérations juridiques, qu'il est aujourd'hui plutôt un frein mis à la possibilité de changer de mode de gestion<sup>293</sup>.

La nécessité de l'évaluation réduirait également les oppositions idéologiques à un projet de privatisation, de libéralisation, ou de publicisation d'un service public. L'histoire apprend d'ailleurs que le succès d'une époque peut être cause de sa décadence à plus long terme. Rien ne garantit le succès éternel de la libéralisation, comme rien n'indique la nécessité d'un monopole public dans tous les domaines. C'est une évaluation

---

(*Ibidem*, pp. 266-271). Voy. également la contribution de Julien De Beys au présent volume, qui fait état de préoccupations similaires pour justifier la création d'agences européennes.

<sup>292</sup> D. YERNAULT ET B. CADRANEL (2010), « La décentralisation par services en Région bruxelloise : entre héritage historique et pragmatisme de l'autonomie » ; P. NIHOUL (2010), « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'Etat et des marchés publics » ; B. LOMBAERT, P.O. DE BROUX (2005), *op.cit.*, pp. 329 et s.

<sup>293</sup> S. BRACONNIER (2007), *Droit des services publics*, pp. 382-403.

périodique qui doit permettre d'en rendre compte, en fonction des évolutions que connaît la société. Créer le cadre de cette évaluation est par ailleurs parfaitement possible, et existe déjà dans certains domaines. L'IBPT est tenu d'évaluer annuellement le respect du service universel des télécommunications. La Cour des comptes s'est chargée récemment de contrôler le respect par les sociétés du Groupe SNCB de leur contrat de gestion respectif.

## SECTION II – LE FINANCEMENT DU SERVICE

La provenance des ressources ne se distingue toujours pas fondamentalement des siècles précédents : les utilisateurs, les deniers publics ou les capitaux privés. A vrai dire, on voit mal de quelle autre origine elles pourraient provenir.

Deux de ces modes de financement font cependant l'objet de débats juridiques particulièrement animés, que nous nous contentons de signaler.

Les ressources issues du prix payé par les utilisateurs, tout d'abord, présentent un statut juridique doublement controversé. La première question qui se pose est relative à leur nature contractuelle ou réglementaire. Les avis sont partagés sur la question, mais les conclusions les plus récentes tendent à privilégier la nature réglementaire des relations entre usager et gestionnaire d'un service public, précisément à cause de cette qualité de *service public*. Comme ce fût le cas pour la SNCB au siècle précédent, rien n'empêche cependant le législateur de prévoir expressément que ces relations sont de nature commerciale, donc contractuelle<sup>294</sup>. Dans la mesure où le prix payé par l'utilisateur résulterait d'une relation réglementaire, un second débat anime la sphère juridique : c'est celui de savoir si un tel tarif réglementaire constitue un impôt ou une redevance, ce qui affecte notamment son régime juridique et *in fine*, sa validité<sup>295</sup>.

L'octroi d'un financement public fait par ailleurs l'objet d'une réglementation de plus en plus stricte, qui est en outre à l'origine de la plupart des évolutions qui ont affecté les services publics durant les vingt dernières années. Le régime juridique européen des *aides d'Etat* a colonisé le droit national des finances publiques, et singulièrement celui des subventions aux services publics économiques, on l'a vu dans chacun des secteurs étudiés. C'est l'article 106 TFUE (ancien 86 TCE) qui est la principale disposition qui encadre les modes de gestion et de financement admis par le droit européen pour créer et organiser un SIEG. Cet article admet l'attribution de droits spéciaux ou exclusifs, d'une part, et la compensation des obligations de service public, d'autre part, aux conditions fixées par l'arrêt *Altmark* de la Cour de justice des Communautés européennes (devenue depuis la Cour de justice de l'Union européenne)<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> Voy. sur ce débat C. DELFORGE (2010), « L'utilisateur consommateur et les services publics de nature économique. Quelques considérations générales sur l'application des protections classiques des consommateurs aux usagers du service public », pp. 22-28 ; C. DELFORGE, J.F. GERMAIN (2009), « Le consommateur et le service public : étude de droit privé », pp. 434-446, et les très nombreuses références citées.

<sup>295</sup> B. LOMBAERT, Intervention au Parlement bruxellois, 2010 ; voy. aussi E. WILLEMART (1999), *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, pp. 144-153.

<sup>296</sup> C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, C-280/00, *Rec.*, 2003, p. I-7743. Voy. à ce sujet J. DE BEYS, C. DUBOIS (2009), « Le financement des services publics et le contrôle des aides d'Etat » ; J. DE BEYS (2008), *Droit européen des aides d'Etat et intérêt général. Le contrôle des politiques nationales*

### SECTION III – LES RÈGLES D’EXPLOITATION COMMUNES

Les deux parties précédentes ont déjà permis de le soutenir, il faut désormais distinguer, d’une part, un régime juridique de *l’organisme* (public ou privé) chargé du service public, qui est forcément dual, voire plural – les formes d’organismes associant le public et le privé étant de plus en plus variées – et, d’autre part, un régime juridique de *l’activité* de service public, formé par les lois du service public.

#### A. Les lois du service public

Les règles communes à tout service public ont aujourd’hui tendance à dépasser les trois lois du service public classiquement dégagées.

Celles-ci n’en ont pas moins été affirmées avec force, à plusieurs étapes de l’évolution de la loi du 21 mars 1991, et en particulier en 1997, lorsqu’elle précise que : « *le service public des télécommunications est assuré dans le respect des principes d’égalité, de continuité et d’adaptabilité* »<sup>297</sup>. D’une manière si éphémère, cependant, qu’on en viendrait presque à le regretter, puisque la disposition est abrogée dès 2005.

L’égalité demeure un principe cardinal du régime juridique du service. Il connaît des évolutions significatives, même dans le domaine du service public, où il impose désormais « *l’obligation d’adopter une attitude différente en fonction de l’usager. Les normes – légales ou réglementaires – (...) doivent prendre en considération les différences existant entre les usagers et, lorsque ceux-ci se trouvent dans une situation sensiblement différente au regard du service, il convient de les soumettre à un régime différent à la mesure de cette différence* ». Cette évolution remarquable décrite par Frédéric Krenc nous paraît d’ailleurs précisément, contrairement à une des conclusions qu’il tire, justifier l’intérêt du service public par rapport aux obligations de non discrimination qui sont aujourd’hui également imposées à toute personne qui offre un bien ou un service au public, en dehors du cadre du service public. Les personnes privées, si elles ne peuvent discriminer, ne sont à ce jour pas tenues de réserver un traitement différent à des situations différentes<sup>298</sup>.

La continuité du service reste consacrée, sans doute comme le principal attribut du service public, notamment du point de vue européen. Le débat porte particulièrement sur l’instauration d’un service minimum en cas de grève, à l’instar du dispositif prévu par la RTBF, mais aussi dans les hôpitaux, par exemple<sup>299</sup>.

---

*d’intervention économique par la Commission européenne* ; M. NETTESHEIM (2008), *op.cit.*, pp. 620-626 ; J. DE BEYS (2007), « Aide d’Etat et financement des services publics : un bilan après l’adoption du paquet post-Altmark ».

<sup>297</sup> Art. 82 de la loi précitée du 21 mars 1991, tel que remplacé par la loi du 19 décembre 1997, *M.B.*, 30 décembre 1997.

<sup>298</sup> F. KRENC (2009), « La loi de l’égalité des usagers du service public : une loi surannée ? », pp. 226-229.

<sup>299</sup> B. LOMBAERT (2009), « La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum », pp. ; D. DE ROY (2005), « Le principe de continuité du service public et la situation de l’usager ».

La loi du changement nous paraît porter quelques unes des évolutions possibles les plus intéressantes, judicieusement relevées par Benoît Gors. En réalité, l'intérêt de cette loi ne réside pas tant dans la possibilité du changement, non contestée, mais dans les limites que connaîtrait celle-ci. Selon le principe du *parallélisme des formes et des procédures*, seul le pouvoir public créateur peut défaire ce qu'il a fait, donc mettre fin à une activité de service public, ou simplement lui retirer la protection de la notion de service public. Mais le législateur, puisque c'est le plus souvent de lui qu'il s'agit, garde-t-il toute sa liberté pour ce faire ? L'émergence d'un principe de *standstill* pourrait peut-être permettre d'apporter une réponse négative à cette question lorsque le service public est fondé sur un droit fondamental garanti par la Constitution ou par des instruments juridiques internationaux. Benoît Gors estime cependant que « *l'obligation de standstill modalise plus qu'elle ne fait barrage à l'exercice du principe de mutabilité. Elle tend, en effet, à une adaptation du service vers une meilleure consécration des droits économiques, sociaux et culturels* »<sup>300</sup>, ainsi qu'aux autres droits fondamentaux. Elle ne se conçoit par contre pas aisément en dehors de ceux-ci. L'applicabilité de ce principe de *standstill* dans le champ des services publics est néanmoins confortée par le législateur lui-même, qui a expressément prévu certaines obligations de *standstill* en la matière, pour limiter les pouvoirs spéciaux accordés au gouvernement pour modifier la législation applicable au service universel des télécommunications<sup>301</sup>. Un autre soutien peut être trouvé dans les diverses tentatives d'inscrire un droit du citoyen à un service universel des postes, des communications et de la mobilité à l'article 23 de la Constitution, tout en montrant la relative inutilité juridique d'une telle consécration constitutionnelle si ces droits peuvent déjà aujourd'hui être considérés comme fondés sur des droits fondamentaux, notamment le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

Le régime de la domanialité publique reste étroitement lié à la notion de service public. La doctrine considère toujours que ce régime concerne « *les biens affectés à l'usage de tous et à ceux qui, affectés à un service public, ont fait l'objet d'un aménagement spécial et/ou sont indispensables au bon fonctionnement de ce service* ». La protection dont ces biens font l'objet ne serait ainsi « *qu'un corollaire du principe de la continuité du service public* »<sup>302</sup>. Pascal Boucquey et Vincent Ost, à la suite de Frederik Vandendriessche, ont cependant montré le problème soulevé par ce régime juridique déduit de l'article 537 du Code civil : il ne s'applique qu'à certains biens des personnes morales de droit public – ce critère organique est, *ratione personae*, le seul qui compte – alors qu'il vise à garantir la bonne marche d'un service public, au sens fonctionnel du terme<sup>303</sup>. Dès qu'une personne de droit privé est chargée d'un service public, elle n'est

<sup>300</sup> B. GORS (2009), « Le principe de mutabilité », pp. 164-165.

<sup>301</sup> Art. 84, § 3 de la loi du 21 mars 1991, *M.B.*, 27 mars 1991, tel que modifié par la loi du 19 décembre 1997, *M.B.*, 30 décembre 1997 : « *Les services prestés au titre du service universel sont fournis à un prix abordable dans les conditions techniques et financières fixées par l'annexe 1 à la présente loi. Le Roi peut, sur avis de l'institut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, suivant la procédure décrite à l'article 122, §§ 2 et 3, de la présente loi, modifier cette annexe 1 en vue de répondre au progrès technologique et social ou aux modifications des structures du marché. Ces modifications ne peuvent diminuer le niveau des obligations prévues à l'annexe 1 de la présente loi* ».

<sup>302</sup> P. BOUCQUEY, V. OST (2005), « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », pp. 242-243 ; voy. également M. PÂQUES, D. DEOM, P.Y. ERNEUX, D. LAGASSE (2008), *Domaine public, domaine privé. Biens des pouvoirs publics*, pp. 139 et s.

<sup>303</sup> P. BOUCQUEY, V. OST (2005), *op.cit.*, pp. 248-256 ; F. VANDENDRIESSCHE (2004), *Publieke en Private Rechtspersonen, op.cit.*, pp. 440-442.

donc, à ce jour, pas soumise au régime de la domanialité publique<sup>304</sup>. Dans la droite ligne de ce régime, l'article 1412*bis* du Code judiciaire déclare les biens des personnes morales de droit public insaisissables, sauf ceux « *qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public* ». Seul le critère organique permet de bénéficier de l'insaisissabilité. La cohérence entre l'objectif poursuivi par le régime de domanialité publique et de l'insaisissabilité, et leur application aux seules personnes morales de droit public, nous paraît ici sérieusement mise en cause. La solution recommandable consisterait à soumettre aux règles du domaine public les seules activités de service public, quel que soit le propriétaire du bien protégé<sup>305</sup>, et ainsi à faire entrer le domaine public dans le régime juridique du service public. Selon Pascal Boucquey et Vincent Ost, cette solution serait la plus à même de justifier l'application du régime de domanialité publique, mais elle ne serait cependant pas du tout souhaitable, eu égard aux trop nombreuses incertitudes et à la trop grande rigidité qui caractérisent ce régime<sup>306</sup>.

Le champ d'application du régime d'emploi des langues à l'égard des organismes chargés de la gestion d'un service public est demeuré inchangé depuis les lois coordonnées de 1966.

En dehors des règles du marché, les textes européens tentent également de mettre en place un ensemble de principe communs à tous les SI(E)G. Ainsi, dans la déclaration annexée au Traité d'Amsterdam, il est stipulé que la mise en œuvre du nouvel article 16 TCE doit respecter la jurisprudence de la Cour de justice « *en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services* ». Le *Livre vert* établit la liste d'un ensemble commun d'obligations, qui « *peuvent servir de fondement à la définition d'une notion communautaire des services d'intérêt économique général. Ces éléments comprennent notamment le service universel, la continuité, la qualité du service, l'accessibilité tarifaire ainsi que la protection des utilisateurs et des consommateurs. 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* ». Parmi les valeurs communes propres aux SIEG, le protocole annexé au Traité de Lisbonne inclut également « *un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs* ». Ces principes, cependant, n'apparaissent ou ne visent concrètement, à ce jour, que les SIEG, le droit communautaire demeurant extrêmement prudent à l'égard des services non économiques d'intérêt général. Dans la continuité de ces principes européens, l'émergence des droits d'accès au service et de principes de qualité ou d'efficacité du service apparaissent également dans la doctrine belge<sup>307</sup>.

Il nous paraît donc raisonnable de conclure au maintien, voire au renforcement de ce régime juridique du service public en voie d'élargissement, grâce aux réflexions

---

<sup>304</sup> Au contraire du système français, qui applique aux biens de personnes privées affectés à une mission de service public un régime juridique propre, qualifié parfois de quasi-domanialité.

<sup>305</sup> F. VANDENDRIESSCHE (2004), *op.cit.*, pp. 443 ; P. GOFFAUX (2002), *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, p. 173.

<sup>306</sup> P. BOUCQUEY, V. OST (2005), *op.cit.*, p. 255.

<sup>307</sup> F. TULKENS (2009), « Transparence, qualité et efficacité : nouveaux ou futurs principes de fonctionnement des services publics » ; D. DE ROY (2009), « La nature des prétentions de l'usager au bénéfice des prestations de service public : essai de typologie ».

européennes et doctrinales. Ce régime conserve cependant un caractère essentiellement supplétif, comme le confirment les nombreuses spécificités et aménagements des lois du service public prévus par les pouvoirs publics lorsqu'ils créent un service public. Toujours dans la mesure du raisonnable et du proportionnellement justifié, il est donc possible d'y déroger par la loi – celle-ci s'impose alors – qui organise le mode de gestion du service public. La possibilité d'y déroger n'enlève cependant rien à l'intérêt ni à l'importance de ce régime commun aux activités de service public.

## B. Les règles liées à l'organisme gestionnaire

Les régimes juridiques applicables à l'organisme gestionnaire sont le plus souvent rapportés à la distinction entre une personne morale de droit public, soumise à un *régime administratif*, et une personne morale de droit privé, soumise au *droit commun*. A l'instar des modes de gestion des services publics, cependant, cette séparation nette entre deux catégories de gestionnaires d'un service public n'a, à notre estime, plus aucune pertinence. Le champ d'application des multiples règles du droit administratif, comme d'ailleurs des règles du droit commun, ne s'arrête plus à une frontière séparant une personne publique et une personne privée<sup>308</sup>.

Historiquement, c'est sans doute la notion d'autorité administrative, notion cardinale du droit administratif belge, qui a fondé la croyance en un régime harmonisé des personnes publiques, auquel devait d'ailleurs être lié l'exercice d'une activité de service public. La qualité d'autorité administrative, née avec la création du Conseil d'Etat en 1946, emporte aujourd'hui, notamment, la soumission à la juridiction du Conseil d'Etat, à l'obligation de motivation formelle des actes administratifs et aux obligations en matière de publicité de l'administration. L'autorité administrative entend toujours désigner une institution, un organe de l'administration. Elle ne peut être identifiée « *que par la combinaison de critères multiples, dont les applications recouvrent des institutions non seulement créées mais encore contrôlées ou agréées par les pouvoirs publics, lorsque leur est reconnu le pouvoir de prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers* »<sup>309</sup>. Ce procédé met ainsi en œuvre deux catégories de critères, d'une part *organiques* – liés à la création, l'agrégation et/ou le contrôle par les pouvoirs publics – et d'autre part *fonctionnels* – se référant à l'activité de service public, à la mission d'intérêt général et/ou à la capacité de lier les tiers –. On retrouve ainsi une terminologie identique à celle utilisée dans la doctrine pour définir, jusqu'à ce jour, un service public. Ce parallélisme terminologique est sans doute pour partie à l'origine des difficultés à définir la notion de service public en droit belge. Les critères organiques de l'autorité administrative demeurent en effet, aujourd'hui encore, prépondérants<sup>310</sup>, à l'inverse de l'évolution de la notion de service public, où prévaut le sens fonctionnel.

La Cour de cassation, dans des arrêts longuement commentés, a estimé que « *les institutions créées ou agréées par les pouvoirs publics (...) qui sont chargées d'un service public et ne font pas partie du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire, constituent en principe des autorités administratives, dans la mesure où leur*

<sup>308</sup> Voy. le n° spécial de la *Revue de droit de l'ULB*, n° 33, 2006/1 : *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation*.

<sup>309</sup> P. LEWALLE (2008), *Contentieux administratif*, pp. 655-707 ; F. VANDENDRIESSCHE (2004), *Publieke en Private Rechtspersonen*, *op.cit.*, pp. 252-276.

<sup>310</sup> P. LEWALLE (2008), *op.cit.*, p. 655 et références citées.

*fonctionnement est déterminé et contrôlé par les pouvoirs publics et où elles peuvent prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers* »<sup>311</sup>. L'exercice d'une mission d'intérêt général ou de service public ne se confond donc pas avec la qualité d'autorité administrative ; elle n'en est éventuellement qu'un indice. Il ne suffit pas d'exercer une activité de service public pour être une autorité administrative. C'est d'ailleurs la capacité de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers qui est devenu, dans la plupart des cas, le critère déterminant de la qualité d'autorité administrative<sup>312</sup>, et cette capacité a été reconnue à certaines personnes généralement considérées comme « *privées* », notamment dans le domaine de l'enseignement. Il faut donc soigneusement distinguer la notion d'autorité administrative de la notion de service public, puisque la première désigne une institution là où le service public doit désigner une activité. L'activité de service public est un indice nécessaire, mais pas suffisant, de l'existence d'une autorité administrative ; cet indice semble dès lors de moins en moins utile dans la jurisprudence relative à l'autorité administrative. Si d'aucuns le regrettent<sup>313</sup>, cela permet néanmoins de distinguer plus clairement le régime juridique de l'activité de service public et le régime de l'organisme gestionnaire. Dès lors que celui-ci est une autorité administrative, il est soumis à la juridiction du Conseil d'Etat, à l'obligation de motivation formelle des actes administratifs, etc. Mais ce régime n'est pas lié en tant que tel à l'exercice d'une activité de service public.

A l'instar de la notion d'autorité administrative, c'est l'exercice d'une fonction au sein d'une personne morale de droit public qui justifie l'application d'un statut, et non l'exercice d'une activité de service public. La qualité de personne morale de droit public doit à nouveau, dans ce cas, s'apprécier à partir d'un faisceau de critères. De même, l'obligation de respecter la réglementation des marchés publics est liée à la notion de *pouvoir adjudicateur*, ce dernier étant le plus souvent une personne publique, mais pas exclusivement<sup>314</sup>. Le régime budgétaire et comptable applicable est différent dans chacune des catégories des modes de gestion distingués ci-dessous.

Plus que jamais, le *régime administratif* – pour autant qu'il existe – demeure selon nous étranger à la notion juridique du service public. Il est d'ailleurs, pour la plupart de ces aspects, librement modifiable. La nature d'autorité administrative des autorités de régulation n'a pas empêché le législateur de soumettre le contentieux de celles-ci à la cour d'appel de Bruxelles, en lieu et place du Conseil d'Etat<sup>315</sup>. La dérogation n'est

<sup>311</sup> Cass. (ch. réunies), 14 février 1997, *Gimvindus* ; en ce sens : Cass. (ch. réunies), 10 septembre 1999, *B.A.T.C.* ; Cass. (ch. réunies), 6 septembre 2002, *Meulenijzer* ; C.A., 9 avril 2003, n° 41/2003 ; commentés par D. DELVAX (2001), « Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative », pp. 196-215 ; F. VANDENDRIESSCHE (2000-2001), « De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en BATC van het Hof van cassatie », pp. 497-506 ; X. DELGRANGE (2005), « S.O.S. Bonheure », pp. 26-82.

<sup>312</sup> Cass. 10 juin 2005, C040278N, *Chroniques de droit public – Publiekrechtelijke Kronieken*, 2006, p. 420, concl. BRESSELEERS ; et sa critique par D. YERNAULT (2009), « Service public, autorité administrative, activités économiques et non économiques : le logement social, cheval de Troie malgré lui ? », pp. 144 et s.

<sup>313</sup> D. YERNAULT (2009), *op.cit.*, pp. 148-164.

<sup>314</sup> A noter que le droit européen a imposé le respect de règles spéciales, plus souples, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, eu égard au régime de droits spéciaux ou exclusifs, voire de monopole, qui les caractérisaient. Il étend dans ce cas le régime à toute personne qui exerce une des activités visées et bénéficie de droits spéciaux ou exclusifs. L'application des règles n'est donc exclue qu'à condition que l'activité soit exercée dans un régime de concurrence. Voy. la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.*, L 134, 30 avril 2004.

<sup>315</sup> Voy. P. BOUCQUEY, P.O. DE BROUX (2007), « Les recours juridictionnels... », *op.cit.*.

cependant pas toujours possible : en matière de réglementation des marchés publics, c'est l'Europe qui a la main et qui définit quelles catégories d'organismes y sont soumises.

## CONCLUSIONS

Envers et contre toutes les évolutions décrites, le service public résiste incontestablement. Il fait même mieux que résister, il s'étoffe, se nourrit des nouvelles approches et réflexions qui l'encadrent.

Le droit européen, et la notion de *service d'intérêt économique général*, ont exercé leur influence sur au moins quatre aspects de la notion belge de service public. Le premier est relatif à la soumission des services publics économiques nationaux aux règles du marché et de la libre concurrence. Le second, à la suite de l'arrêt *Altmark*, impose un contrôle et des conditions stricts à l'octroi d'activités de service public à des organismes ou institutions tiers au pouvoir public. Le troisième concerne l'extension (encore en construction) d'un régime juridique unitaire des SIEG, qui déborde en droit belge. Le service universel enfin, a réduit de nombreuses activités de service public économique à un service minimum, de base, mais avec en contrepartie un droit des usagers à en bénéficier. Ces transformations sont particulièrement significatives, même si elles sont encore trop récentes que pour pouvoir décrire leurs effets exacts en droit national, et donc toutes leurs incidences sur la théorie du service public.

Celle-ci s'en trouve à tout le moins rafraîchie, si pas renouvelée. Gilles Guglielmi ne manque pas de faire connaître son admiration pour la souplesse dont fait ainsi preuve le service public : *« paradoxalement, les contraintes de ce nouvel environnement, qui mènent à des solutions pratiques radicalement opposées à celles des trente-cinq années d'après-guerre, mettent en lumière l'exceptionnelle souplesse de la notion de service public, elles obligent à se concentrer sur l'essence même du service public (l'intérêt général, la décision stratégique d'intervention, le régime juridique spécial de la prestation), elles renforcent l'universalité de la notion de service public en montrant que celle-ci dépasse les contingences d'un régime économique donné ou d'une politique jurisprudentielle visant à la survie d'une institution particulière. Une recherche libre de toute influence dogmatique et qui ne se laisse pas cantonner à une vision synchronique se doit ainsi de revendiquer pour elle-même l'action de la mémoire dans la constitution de ses objets »*<sup>316</sup>.

L'apport européen complète de la sorte les propositions que l'histoire du droit des industries nous a permis de formuler, en présentant sous ce nouveau jour la notion de service public, les conditions de création de celui-ci et le panorama de ses modes de gestion.

---

<sup>316</sup> G.J. GUGLIELMI (2004), *Histoire et service public*, p. 15.

