

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'entreprise publique a-t-elle un avenir ?

Poullet, Yves

Published in:

Le droit des affaires en évolution : contrat d'agence, services publics, assurances, secrétariat général

Publication date:

1993

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1993, L'entreprise publique a-t-elle un avenir ? dans *Le droit des affaires en évolution : contrat d'agence, services publics, assurances, secrétariat général*. Le droit des affaires en évolution, numéro 4, Académia Bruylant, Bruxelles, pp. 63-99.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'ENTREPRISE PUBLIQUE A-T-ELLE UN AVENIR ?

PAR

YVES POULLET

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
DIRECTEUR DU CRID DES FACULTÉS UNIVERSITAIRES
NOTRE-DAME DE LA PAIX DE NAMUR

INTRODUCTION (*) (**)

1. — Modèle largement évoqué dans chacun des pays développés, la « privatisation » est également à la mode en Belgique. Le terme, pris dans son sens large, désigne un « large éventail de mesures de réforme destinées à soumettre l'activité administrative aux lois du marché » (1).

D'aucuns y voient la solution tantôt à la lancinante question de notre dette publique, tantôt à l'inefficacité et à la politisation de nos entreprises publiques, tantôt à l'extension abusive des monopoles étatiques, tantôt enfin à la nécessité d'obtenir, pour certaines de nos entreprises publiques, une dimension concurrentielle sur le marché européen (2).

La loi elle-même ne la consacre-t-elle pas ? Au niveau fédéral, la privatisation au moins partielle est rendue possible pour certains services publics par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (3) et du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du cré-

(*) L'auteur tient à remercier MM. Pol DEBROUX (avocat), Robert QUECK (expert à la Commission des Communautés Européennes, maître de conférences FUNDP) et François VAN DER MENSBRUGGE (assistant à la Faculté de Droit de Namur) pour leurs précieux conseils.

(**) Le lecteur voudra bien se référer aux références complètes des ouvrages telles que reprises à la bibliographie.

(1) Parmi d'autres, H.J. DE RU, R. WETTENHALL, *op. cit.*, p. 8.

(2) Sur ce point, la remarquable synthèse de R. DETHIER, *Privatisation : questions sur un discours en vogue*, texte à paraître.

(3) *M.B.*, 27 mars 1991, p. 6155.

dit (4). Les régions adoptent la même tendance : ainsi on évoquera notamment l'ordonnance bruxelloise du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale (5) et les Communautés flamande et française s'appêtent à suivre pareil exemple au moment où se multiplient les projets de réforme du statut de nos organes de radio et télédiffusion (6).

Partout dans le monde, affirmait avec humour le rapport introductif du dernier congrès des économistes belges de langue française. « ... le marché semble être considéré comme le plus mauvais mode d'organisation de l'économie, à part tous les autres » (7). Confrontée à une logique de marché, progressivement réduite comme une « peau de chagrin » (8) par les autorités communautaires, l'entreprise publique a-t-elle encore un avenir ? Y compris à propos de l'exercice des fonctions collectives, l'entreprise privée n'est-elle pas plus efficace ?

Ce n'est pas au juriste de résoudre le problème. Chacun se plaît à rappeler que le choix procède en définitive d'une option politique dont il faut souhaiter qu'elle se prenne en dehors de toute idéologie et soit guidé par le seul souci de mieux servir l'intérêt général.

2. — Ceci dit, le juriste peut apporter au débat quelque clarté, analysant des concepts trop souvent confondus et, dès lors, assignant aux questions de la privatisation et, à l'inverse, du maintien de l'entreprise publique, leur véritable dimension !

Trop de confusions (9) existent à cet égard : le terme « privatisation » peut être utilisé en des sens divers ; la notion d'entreprise publique recouvre une réalité multiforme parfois bien éloignée de celle de service public ; cette dernière notion elle-

(4) *M.B.*, 9 juillet 1991, p. 15257.

(5) Ord. bruxelloise du 22 novembre 1990 ; cf. également le décret du 22 décembre 1989 de la Région wallonne relatif au service public de personnes en Région wallonne (*M.B.*, 8 mars 1990) modifié par le décret du 25 juillet 1991.

(6) Sur ces divers projets, E. LENTZEN, *op. cit.*

(7) D. REYNDERS, « Présentation des travaux », in *Les fonctions collectives dans une économie de marché*, *op. cit.*, p. 9.

(8) Selon l'expression de KOVAR, « La 'peau de chagrin' ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics ? », *Revue Europe*, juillet 1992, p. 250.

(9) A ce propos, en particulier, Ph. QUERTAINMONT, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 », in *Les entreprises publiques autonomes*, *op. cit.*, p. 67 avec les références y citées.

même semble éclater entre un pôle fonctionnel et un pôle organique. Enfin, apparaît progressivement un nouveau concept : celui de service universel, conçu aux Etats-Unis et repris par la réglementation européenne, il introduit un élément nouveau dans le débat.

3. — La réglementation des télécommunications servira d'exemple à notre réflexion. La justification de ce choix est triple :

- 1° *l'histoire de la réglementation belge* de ce secteur montre à suffisance que la notion de service public ne s'est pas toujours identifiée avec celle d'entreprise publique ; en d'autres termes que le service public a d'abord été pris en change par le secteur privé ;
- 2° *l'importance économique du développement* de ce secteur pour l'ensemble de notre économie conduit à lui accorder une importance particulière ;
- 3° le domaine des télécommunications a été *le premier* à faire l'objet d'une réflexion sur les notions déjà évoquées non seulement aux Etats-Unis mais également chez nos voisins et au plan européen ; les concepts développés dans le cadre des réglementations à ce propos sont progressivement repris dans d'autres secteurs d'intérêt général : ainsi le secteur du crédit, les transports publics, l'électricité et le gaz.

Précisons enfin, les étapes du raisonnement : le rappel de l'histoire de la réglementation des télécoms servira de préambule à notre réflexion. L'analyse des multiples sens du terme « privatisation » (I) contreapposée à celle des termes « entreprise publique », « service public » et « service universel » (II), nous amènera ensuite à envisager l'entreprise publique comme une des formes non nécessaire et non suffisante de l'intervention de l'Etat, en même temps qu'elle dégage le principe de sa pérennité (conclusions).

PRÉAMBULE : LA RÉGLEMENTATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS AU FIL DU TEMPS

4. — L'apparition du téléphone en Belgique a plus d'un siècle. Déjà en 1878, les premières expériences furent réalisées

à Anvers. Dans un premier temps, des réseaux urbains furent installés dans les grandes villes par des sociétés jouissant d'une concession.

Ces concessions furent décidées dans le cadre de la loi du 11 juin 1883 sur l'établissement et l'exploitation de réseaux téléphoniques dont nul ne contestait le caractère de service public. A ce propos, on note la discussion parlementaire lors des travaux préparatoires (10), discussion rapportée en ces termes par FLAMME : la question était : « de savoir si l'établissement et l'exploitation de réseaux téléphoniques sont bien matière à concession et si l'un et l'autre ne rentrent pas plutôt dans la généralité des branches de l'activité humaine, laissées à l'initiative des citoyens, dégagées de toute entrave ... C'est là, en somme, une sorte de question préalable opposée au projet de loi. Le gouvernement fit à ces questions la réponse que voici : le projet de loi considère le téléphone comme constituant un service public analogue au service des postes et télégraphes » (11). Ainsi, d'emblée, est affirmé le principe suivant lequel le service public, que représente incontestablement l'accès aux services de télécommunications, peut être le fait d'une entreprise privée.

5. — En 1893 cependant, ces concessions furent révoquées et l'Etat belge confia le développement et l'exploitation du téléphone à une de ses administrations, l'équivalent d'un ministère d'aujourd'hui. « Etait-ce un bien ? » se demanda en 1930 la Commission du Sénat chargée d'examiner le projet portant création de la Régie (12) pour constater qu'en comparaison avec les pays voisins depuis 1893, la « situation du téléphone en Belgique ne progressa guère » (13). Au lendemain de la guerre 1914-1918, l'Administration d'Etat des télégraphes et téléphones était un simple département du Ministère des chemins de fer, de la marine, et des postes et télégraphes sans autonomie juridique et financière. Le budget de cette administration était englobé dans celui du ministère et soumis à ce

(10) *Pasinomie*, 1883, pp. 123 et 124.

(11) M.A. FLAMME, *op. cit.*, p. 45.

(12) Projet qui devient la loi du 19 juillet 1930.

(13) Document parlementaire n° 172, Sénat, séance du 11 juin 1930. Le même document révèle qu'il n'y a eu aucune discussion sérieuse sur la possibilité de confier à une société privée l'exploitation du téléphone.

titre au visa de la Cour des Comptes et au vote du Parlement (14). Les inconvénients de cette situation étaient évidents : la gestion du service manquait de souplesse et l'absence de comptabilité propre ne permettait de déterminer ni le coût de revient, ni la rentabilité du service. Par contre, les besoins du public en téléphonie ne cessaient de croître, et de nouveaux investissements importants s'imposaient. La situation des finances de l'Etat ne permettant toutefois pas d'y procéder, l'idée fut adoptée de créer une régie autonome, disposant d'un patrimoine propre et capable de s'autofinancer, notamment par la voie de l'emprunt (15).

6. — Plus proche de nous, l'article 1 de la loi du 7 décembre 1984 (16), en permettant à la RTT d'être un véritable holding public, autorisait cette dernière à décentraliser ses activités, en particulier par la constitution de sociétés d'économie mixte y compris pour la gestion de son infrastructure à la condition dans ce dernier cas que la participation de la Régie fût majoritaire.

7. — Enfin, suite aux mutations technologiques, en particulier la convergence de l'informatique et des télécommunications, étant donné l'importance croissante des télécommunications pour l'économie, et vu la multiplication des interventions des Communautés européennes afin de limiter les monopoles de l'Etat et de libéraliser le marché, une réorganisation des télécommunications en Belgique dans la perspective d'une plus

(14) E. DE CANNART D'HAMALE, « Les contrats R.T.T. ou les rapports juridiques entre R.T.T. et usagers », *J.T.*, 1983, 108 et s.

(15) Pour être exhaustif, il faudrait ajouter que quatre projets virent le jour entre 1926 et 1930, mais seul le dernier, le projet Forthomme, aboutit à la promulgation de la loi du 19 juillet 1930 créant la Régie des Télégraphes et Téléphones. L'originalité du troisième projet est à souligner. Le projet LIPPENS (1928), prévoyait outre la personnalité juridique, le patrimoine distinct et le monopole, éléments communs aux autres projets, de confier la gestion de la Régie non pas au seul ministre mais à un comité de gestion composé de représentants des principaux intérêts économiques du pays, sous la présidence du ministre. Ce projet laissait également à la Régie de larges possibilités de recourir à la sous-traitance. Il se heurta à une opposition telle, qu'il dût être abandonné.

(16) « Elle (La Régie) peut également, dans les conditions fixées pour chaque cas par le Roi, sur proposition du Ministre qui a les télégraphes et les téléphones dans ses attributions et après délibération en Conseil des Ministres, par voie de participation à des organismes ou sociétés publiques ou privés, existants ou à créer, belges, étrangers ou internationaux, faire toutes opérations de quelque nature qu'elles soient, se rapportant en tout ou en partie à sa mission. Cette participation doit être majoritaire lorsqu'il s'agit de son "infrastructure" ».

grande libéralisation s'imposait. La loi du 21 mars 1991 s'attelle à cette tâche par la modification ou l'abrogation des lois du 19 juillet et du 13 octobre 1930 en suivant un certain nombre de lignes de force. La réforme vise d'abord, à travers la création de la catégorie des EPA, « l'amélioration de l'efficacité et de l'efficacité des entreprises publiques et ceci au moyen de leur responsabilisation ». Ainsi dans le domaine des télécommunications, Belgacom disposera, suite à son classement en EPA, d'authentiques organes de gestion et d'une autonomie de gestion, pourra se transformer en société anonyme, aura plus facilement accès aux marchés de capitaux et pourra mettre en œuvre diverses modalités de coopération ... La réforme de 1991 entend donc réaliser un « desserrement de l'étreinte étatique sur les entreprises publiques concernées », ce qui conduit, en ce qui concerne l'organisation de ces entreprises à une « dérégulation » ou à une « déréglementation du secteur public économique ». La volonté de réaliser une séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, afin d'éviter des abus de puissance économique de la part de l'exploitant public, constitue une deuxième ligne de force qui, elle, concerne plus spécifiquement les secteurs des postes et des télécommunications. C'est ainsi que la fonction de réglementation sera assurée par le Ministre ou Secrétaire d'Etat compétent en la matière, assisté de l'Institut belge des Postes et des télécommunications (IBPT) qui disposera par ailleurs de compétences réglementaires propres. Par conséquent, la Poste et Belgacom n'auront plus qu'une fonction d'exploitant.

Une autre ligne de force réside dans une volonté d'institutionnalisation des rapports existant entre, d'un côté, Belgacom ou la Poste et, de l'autre, tous les milieux concernés. Cette institutionnalisation s'opère à la fois par la création de comités consultatifs au sein de l'IBPT et plus spécifiquement, en cas de plaintes des utilisateurs à l'encontre des EPA, par la mise sur pied d'un service de médiation au sein de chaque EPA.

8. — Ce rappel historique a pour objectif de témoigner du caractère discutable de l'assimilation des termes « service public » et « organisme public », de rappeler que des solutions de privatisation partielle ou totale ont pu être proposées

comme alternative sérieuse pour assurer la gestion du service public et enfin, de faire ressortir que la recherche d'une autonomie croissante des moyens financiers, d'abord, de la gestion, ensuite, de l'entreprise publique par rapport à l'Administration étatique constitue depuis 1930 le fil rouge des réformes légales entreprises (17).

I. — DE LA PRIVATISATION AU SENS LARGE À LA PRIVATISATION AU SENS STRICT

9. — « Le mot 'privatisation', écrit DELION (18), recouvre quatre sortes de mesures :

- le transfert d'entreprises publiques au secteur privé, que désigne *stricto sensu* le terme 'privatisation' ;
- la réduction des règles publiques concernant les conditions d'exercice de certaines activités privées, ce qui est proprement la déréglementation ('dérégulation') ;
- l'ouverture à des particuliers d'activités réservées auparavant à des autorités publiques, (c'est-à-dire la *libéralisation* [19]) catégorie à laquelle on applique aussi souvent l'expression de déréglementation dans la mesure où elle résulte de l'élimination de limites réglementaires au domaine des activités privées ;
- l'introduction d'objectifs, de méthodes ou de critères de gestion du secteur privé dans le secteur public : il ne s'agit pas seulement d'emprunts destinés à améliorer le fonctionnement, mais de changements qui peuvent toucher même les finalités ... ».

A ces quatre sens du mot « privatisation », certains auteurs, en particulier américains (20), en ajoutent encore un cinquième, voire un sixième : la privatisation désigne également

(17) Pour les mêmes conclusions, les réflexions de C. BERTHO-LAVENIN, *Histoire de l'administration des télécommunications : une succession de crises et de réformes*.

(18) A. DELION, *op. cit.*, p. 73 ; en droit allemand, dans le même sens, R. SHOLTZ-J. AULENHNER, *op. cit.*, 221 qui distingue privatisation formelle et privatisation matérielle, c'est-à-dire vente d'actifs. Comp. « Privatiser est un verbe tout récent. Ainsi, le Robert (éd. 1970) l'ignore encore. *L'encyclopedia Universalis*, pourtant fort loquace en ces matières, simplement se tait » (R. DETHIER, *op. cit.*).

(19) Nous ajoutons.

(20) Cf. not. H. SEIDMAN, *op. cit.*, p. 23 et H.J. DE RU — R. WETTENHALL, *op. cit.*, p. 9.

l'appel plus systématique à des soutraitants pour la fourniture de produits ou services à l'Administration, voire le recours à des sociétés commerciales ou à des associations privées pour administrer des programmes officiels.

De telles distinctions réservent au terme « privatisation » un sens précis : celui de la cession d'actifs ou de participations appartenant à l'Etat (21). La motivation de telles cessions peut obéir tantôt à des impératifs budgétaires, tantôt à la volonté de substituer un mode de gestion privée à la gestion publique (ou, en tout cas, en cas de privatisation partielle d'entreprise à la volonté d'améliorer la gestion de l'entreprise publique), tantôt au désir de renforcer le know how de l'entreprise par des apports nouveaux, tantôt enfin à « obliger l'Etat à ne plus utiliser exagérément des entreprises publiques au profit d'objectifs politiques ou sociaux et à respecter les nécessités de la compétition économique » (22). Si chacun de ces objectifs peut être envisagé séparément ou cumulativement lors d'une privatisation, cette mesure ne constitue pas forcément un passage obligé pour l'obtention de tels objectifs

10. — L'examen de la réglementation du 21 mars 1991 en témoigne à suffisance. L'objectif principal de la réforme était en effet double : assurer la compétitivité des entreprises publiques dans leurs activités en concurrence et améliorer les conditions dans lesquelles elles exercent leur mission de service public (23). La satisfaction de ces objectifs est obtenue tant par « un desserrement de l'étreinte étatique » (24) en accordant aux entreprises une plus grande autonomie (en particulier de gestion et les affranchir ainsi de diverses contraintes en matière de gestion financière, de marchés publics, de création de filiales ou de prises de participation, ou encore de gestion du personnel) que par l'ouverture du domaine concurrentiel de l'activité des entreprises qui restent cependant publiques. Il s'agit par là d'améliorer la compétitivité de ces entreprises et dès lors d'engendrer un coût moins élevé pour la communauté (25).

(21) A ce propos, parmi beaucoup d'autres, H. DE GROOTE, *op. cit.*, p. 41.

(22) A. DELION, *op. cit.*, p. 75.

(23) D. NUCHELMANS — R. PAGANO, *op. cit.*, p. 13.

(24) Ph. QUERTAINMONT, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 », *op. cit.*, p. 63.

(25) D. NUCHELMANS — R. PAGANO, *op. cit.*, p. 21.

Ainsi, il est question plus de « privatiser » le mode de gestion de l'entreprise que sa propriété, la privatisation au sens strict n'étant prévue qu'en dernier ressort (26) : « les entreprises publiques, note l'accord gouvernemental du 10 mars 1988, doivent acquérir plus d'autonomie mais on ne pourra faire appel aux capitaux privés qu'en dernier ressort ... ».

Les articles 37 et suivants de la loi du 21 mars 1991 qui, précisément à propos de la transformation des entreprises publiques autonomes en société anonyme du droit public autorisent la souscription par le privé d'actions nouvelles, illustrent bien le caractère exceptionnel d'une privatisation qui ne pourra jamais être que partielle :

- 1° la décision de transformation, condition préalable à cette privatisation, doit être dûment motivée soit par « un besoin réel d'accroissement des fonds propres de l'entreprise publique », soit par la « nécessité d'avoir accès à un savoir faire industriel ou commercial » (27) ;
- 2° la transformation et les statuts en résultant devront être approuvés par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres (28) ;
- 3° toute émission de nouvelles actions doit faire l'objet d'une autorisation préalable du Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, la souscription de ces nouvelles actions par du capital privé est soumise à une double limite (29) : les autorités publiques maintiennent une participation de 50 % qui leur donne droit à plus de 75 % des voix et des mandats dans tous les organes de l'entreprise (30).

Des limites comparables existent à propos de la création de filiales mixtes gérant un service public conformément aux articles 13 et suivants (31).

Les travaux préparatoires justifient comme suit de telles limites à la privatisation, en particulier les dérogations au

(26) Parmi d'autres, A. DELION, *op. cit.*, p. 78.

(27) Exp. motifs, *Doc. Parl.*, Chambre des Rep. n° 1287/1 (1989-1990), p. 34.

(28) Article 38, § 1^{er} de la loi.

(29) Article 40 de la loi.

(30) Article 39, § 4 et § 5 de la loi.

(31) Sur tous ces points, Y. POULLET, R. QUECK, B. VERHAEGEN, « La réglementation des télécommunications », dossier du *J.T.*, à paraître. Cf. à l'heure actuelle, la discussion sur la création d'une filiale mixte en matière de mobilophonie.

droit commun de la cessibilité des titres. « L'accent a été placé sur la protection de l'exercice des missions de service public qui justifie que la puissance publique écarte les règles normales du droit des sociétés étrangères à cette conception. La prééminence de la volonté des actionnaires ... est jugée en tant que telle incompatible avec les exigences de l'éthique du service public » (32).

11. — De ces premières réflexions, on peut conclure que la loi du 21 mars 1991 consacre non la privatisation de certains organismes d'intérêt public mais bien, selon la terminologie de de Ru et Wettenhall (33), à la fois leur *sociétisation*, c'est-à-dire le « transfert d'entreprises ou d'activités de l'administration vers des sociétés constituées restant néanmoins publiques qui ont généralement le statut d'entreprises publiques ou d'entreprises d'état » et leur *commercialisation*, c'est-à-dire la possibilité pour ces entreprises d'appliquer « des règles commerciales en tant qu'objectifs fondamentaux de leur action ».

En d'autres termes, la loi du 21 mars 1991 ne remet pas en cause une équation suivant laquelle à un service public doit correspondre l'exploitation par une entreprise publique. L'équation « service public — entreprise publique » est-elle inélectable ? Pour résoudre cette question, il importe de bien analyser les deux termes de l'équation et de dénouer l'ambiguïté de leur signification respective. C'est à cette condition que nous pourrions proposer quelques réflexions en réponse à la question : « L'entreprise publique est-elle la plus apte à remplir les conditions que lui impose le service public ? » (34).

II. — SERVICE PUBLIC ET ENTREPRISE PUBLIQUE : UNE ÉQUATION À DEUX INCONNUES

12. — « Il est significatif de constater, écrit QUERTAINMONT (35), que Buttgenbach estimait que les deux notions,

(32) D. NUCHELMANS — R. PAGANO, *op. cit.*, p. 64 et les références aux travaux parlementaires y reprises.

(33) *Op. cit.*, p. 10.

(34) C'est la question que pose le rapport de la Commission européenne des entreprises publiques, *op. cit.*, p. 11.

(35) Ph. QUERTAINMONT, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 », in *Les entreprises publiques autonomes*, *op. cit.*, p. 73 ; sur cette assimilation, cf. également, D. DÉOM, *Le*

entreprise publique et service public, étaient inséparables, une entreprise publique gérant, selon lui, automatiquement un service public ». Il ajoutait (36) : « En matière d'interventionnisme public économique, le recours à la notion de service public était surtout commode parce qu'il permettait dans un état d'inspiration libérale, de légitimer la prise en charge par les pouvoirs publics de certaines activités industrielles ou commerciales qui auraient dû en principe être assumées par l'initiative privée ».

L'assimilation des notions d'entreprise publique et de service public fait l'objet d'une contestation croissante et ce pour quatre raisons :

- premièrement, l'interventionnisme public belge, par prise de contrôle d'activités industrielles, financières ou commerciales, déborde de loin le domaine du service public ; toute entreprise publique ne dessert pas nécessairement un service public (§ 1^{er}) ;
- deuxièmement, à l'inverse, un service public peut être assuré par des entreprises privées et le domaine d'activités des entreprises publiques desservant un service public peut être plus large que les activités relevant directement de ce service public (§ 2) ;
- troisièmement, la qualité de service public fonctionnel entraîne certaines conséquences dont la signification peut varier suivant le statut de l'organe qui prend en charge ce service public (§ 3) ;
- quatrièmement, et de façon plus essentielle, la mise en évidence de la notion de service public fonctionnel mais plus encore celle de service universel, notion américaine mais repris en Europe, conduit à une remise en cause plus fondamentale encore de l'équation proposée (§ 4).

Revenons sur chacune de ses raisons

statut juridique des entreprises publiques, Bruxelles, Story Scientia, 1990, n° 324 et 343 et surtout, CEEP, rapport cité, p. 3. « On a toujours considéré que la notion de service public se justifiait par l'intérêt général qui caractérisait ses prestations. Et l'on en déduisait d'une part, que l'organisme chargé de ce service public était investi de prérogatives de puissance publique mais qu'en contrepartie la collectivité publique disposait d'un pouvoir de tutelle sur cet organisme » ?

(36) Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*

§ 1^{er}. — *La notion d'entreprise publique
et le service public*

13. — Suivie par la doctrine belge (37), la Commission des Communautés européennes définit ainsi la notion : « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent » (38).

Analysant une telle définition, STASSEN et HERBIET (39) constatent que les notions d'« entreprise publique » et de « service public » ne se recouvrent pas. « La première notion ayant son fondement dans une notion économique, la production et la distribution de biens ou de services et, la seconde, se situant dans une autre dimension, c'est-à-dire assurer à la collectivité un service dans un régime de droit public, il convient d'opérer une distinction entre :

- d'une part, les entreprises chargées d'un service public ;
- d'autre part, les entreprises publiques qui, quoique exerçant leur activité dans l'intérêt de la collectivité, fonctionnent en dehors de toute notion de service public (40) ».

C'est à cette seconde catégorie que se rattachent les entreprises régies par la loi du 2 avril 1962 sur l'initiative industrielle publique. Comme le note D. DÉOM (41), « deux éléments principaux font défaut à cet égard : d'une part, l'on ne rencontre dans le droit positif régissant ces entreprises que fort peu d'éléments permettant de parler d'un 'régime juridique spécial' : c'est au contraire leur assujettissement au droit commun qui est frappant. D'autre part, et peut être plus fondamentalement, la raison d'être de l'intervention publique dans ces entreprises n'est pas le souci d'assurer un service déterminé au public ».

(37) Ainsi parmi d'autres, P. ORIANNE, *op. cit.*, p. 519 ; cf. également, J.M. VAN BOL, *op. cit.*, p. 169.

(38) Article 2 de la directive du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques. *J.O.C.E.*, n° L 195/35 du 29 juillet 1980.

(39) J. STASSEN et M. HERBIET, « L'intervention de l'État dans l'économie en Belgique », *RIS.A.*, 1979, p. 361.

(40) Ph. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie*, Bruxelles, Story Scientia, 1996, p. 72.

(41) D. DÉOM, *op. cit.*, [1991], n° 89, p. 139.

14. — Ainsi, la première catégorie d'entreprises publiques répond à deux critères : le « régime juridique » spécial et le service déterminé (42) au public. Sans doute serait-il plus exact de renverser l'ordre de présentation des critères. En effet, c'est dans la mesure où les gouvernants jugent nécessaire la prise en charge par eux d'activités jugées essentielles pour le bien être de la population (sans que celui-ci puisse être atteint par le libre jeu du marché) qu'ils estiment que la responsabilité publique doit être engagée par la création d'un organe propre pour l'obtention de telle fin et que cet organe et ces activités seront soumis à des contraintes particulières (43). On retrouve là la notion de service public organique « le service public est un organisme créé par les gouvernants, c'est-à-dire par les pouvoirs publics et soumis à leur haute direction aux fins d'assurer la satisfaction d'un ou de plusieurs besoins collectifs » (44).

Si incontestablement, la création et le fonctionnement de certaines entreprises sous le contrôle de l'État s'expliquent totalement ou partiellement par le service public qu'elles ont pour tâche d'exécuter, il ne peut être question d'en conclure que le domaine d'activités de ces entreprises épuise les multiples facettes que peut prendre dans une société le service public.

15. — En d'autres termes, la volonté de la puissance publique de veiller aux besoins généraux de la collectivité ne se

(42) Ainsi, en ce qui concerne les télécommunications, le service public est justifié comme suit : « la garantie de chances égales de développement socio-économiques dans toutes les régions, l'exercice d'une 'concurrence loyale entre tous ceux qui doivent ou veulent faire usage de ces services', 'l'intérêt des consommateurs', 'l'intérêt des entreprises face à une concurrence internationale de plus en plus vive', 'des besoins stratégiques propres au secteur public et les dimensions du pays' ». (« Exposé introductif du ministre des PTT », *Doc. Parl.*, Chambre, 1287/10 (1989-1990) pp. 11 et 12).

(43) « On peut considérer comme service public toute activité pour laquelle la responsabilité publique est engagée au point que la collectivité est appelée à intervenir. Quand peut-on estimer que la responsabilité publique est engagée ? C'est principalement dans deux circonstances : d'une part, quand dans le cadre d'une économie de marché, on estime devoir répondre à un impératif de solidarité nationale, voire de redistribution des ressources ; d'autre part, quand on vise un objectif de service essentiel pour la collectivité » (CEEP, rapport cité, p. 4). Cf. dans le même sens, B. MEUNIER, « L'évaluation des fonctions collectives : le mythe de sisyphé revisité », in *Les fonctions collectives dans une économie de marché*, *op. cit.*, p. 37 qui assimile service public et secteur non marchand mais non service public et secteur public.

(44) C'est la définition classique de la notion de service public. Parmi beaucoup d'autres, J. DEMBOUR, *op. cit.*, n° 43.

réduit pas à la création d'organismes placés plus ou moins sous le contrôle des gouvernants et soumis à des règles dérogatoires au droit commun. C'est avec raison et à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 1970 (45) que FLAMME met en avant la notion de service public fonctionnel (46) pour ensuite s'attarder sur un moyen de sa réalisation : le service public organique. « Entendue dans un sens fonctionnel ou matériel, écrit-il, la notion de 'service public' désigne une activité, une mission : c'est toute tâche que vise à satisfaire un besoin d'intérêt général et dont l'accomplissement régulier apparaît nécessaire aux yeux du législateur, indépendamment de la nature de l'organisme qui remplit cette tâche », et l'auteur de poursuivre : « cette tâche d'intérêt général qui constitue le service public peut être assumée soit par un organisme privé, soit par un organisme public. Le service public organique désigne précisément cet organisme public auquel a été confiée une mission d'intérêt général » (47).

Le précédent développement amène tout naturellement les questions suivantes :

« Quand et pourquoi une activité est-elle érigée à la dignité de service public ? » (48).

« Dans un tel cas, quand et pourquoi choisir comme moyen de réalisation la création d'une entreprise publique ? ».

(45) Il s'agit du fameux arrêt relatif aux sociétés privées agréées par la Société Nationale du Logement auxquelles la Cour de cassation, à la suite des conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH, reconnaissait la qualité de service public (Cass., 22 octobre 1970. *R.C.J.B.*, 1972, p. 290, note A. VANWELKENHUIZEN).

(46) La notion de service public fonctionnel est utilisée également dans un arrêt récent de la cour d'arbitrage (arrêt n° 26/92 du 2 avril 1992, *M.B.*, 3 juin 1992, 1278 et s.) : « Contrairement à l'enseignement communautaire, qui est chargé d'un service public au sens organique du terme, l'enseignement libre subventionné constitue un service public fonctionnel, en d'autres termes un service qui est organisé par l'initiative privée pour les besoins de tout ou partie de la population, en vue d'assumer une mission d'intérêt général ». L'attendu opposa donc service public organique, service assuré par l'autorité publique et accessible à tous et service public fonctionnel, assuré par un organisme privé et autorisé à sélectionner sa « clientèle ».

Un tel libellé trop absolu risque de mener à des généralisations abusives si on ne prête pas attention au fait que l'arrêt concerne le problème de l'enseignement. En effet, c'est dans la mesure où le législateur organise le service public d'enseignement sur base du principe constitutionnel de la liberté d'enseignement qu'il doit nécessairement admettre aux établissements de l'enseignement libre qui remplissent le service public fonctionnel de l'enseignement la possibilité de sélection mais qu'il soit clair que, nonobstant ce que pourrait laisser croire une lecture rapide de la décision, la possibilité de sélection n'est pas de l'essence même du service public.

(47) M.A. FLAMME, *op. cit.*, p. 107.

(48) M.A. FLAMME, *op. cit.*, p. 45.

Nous répondrons à chacune de ces deux questions.

§ 2. — *La notion de service public et l'entreprise publique*

16. — Notre premier point entendait démontrer que toute entreprise publique n'accomplissait pas un service public et que l'entreprise publique n'était qu'un moyen de réaliser le service public.

Le second point permet d'aller plus loin encore dans la dissociation des notions d'entreprise publique et de service public. Il s'agit, premièrement, de reconnaître que le service public peut être opéré par des entreprises privées (a) et, secondement, que l'entreprise publique ayant une mission de service public n'est pas nécessairement limitée à cette seule fonction (b). La mise en évidence de la notion de service public fonctionnel en dehors ou au sein de l'entreprise publique, a pour conséquence l'application d'un régime juridique particulier dicté par les principes même de la théorie du service public que nous aborderons au § 3.

a) *La gestion privée du service public*

17. — HERBIET (49) résume comme suit les diverses options offertes à l'autorité publique dans le mode de gestion du service public : « Confrontés à un besoin collectif (exemples : aide médicale urgente, octroi de prestations sociales, protection de la santé des travailleurs, etc.), qu'ils estiment devoir satisfaire, les pouvoirs publics peuvent adopter différentes attitudes :

- soit ils décident de prendre eux-mêmes en charge l'activité considérée ; ils gèrent alors le service en régie (exemples : les services à gestion séparée, les entreprises d'Etat) ;
- soit ils décident de créer unilatéralement une personne juridique distincte à laquelle ils confient l'activité en cause dans le cadre de la décentralisation par service (c'est ici que nous rangerons les administrations personnalisées et les établissements publics) ;

(49) M. HERBIET, « Les ASBL et la gestion privée des services publics », *op. cit.*, p. 303.

- soit ils s'associent avec d'autres pouvoirs publics ou des particuliers pour gérer en commun l'activité, étant entendu qu'ils doivent, à tout moment, disposer dans ces organismes d'une position dominante ;
- dernière éventualité : les pouvoirs publics créent le service ou érigent une activité privée en service public mais ils n'entendent pas en assurer eux-mêmes la gestion ; ils ne créent pas non plus ni ne participent à la création de l'organisme chargé de remplir cette mission mais s'en remettent sur ce plan aux personnes privées qu'ils agréent généralement à cette fin.

C'est en réalité au législateur (ou à l'exécutif, en vertu de la loi) que revient la faculté d'opter librement pour l'un ou l'autre choix et ce, au mieux des intérêts dont il a la charge ».

Dans le domaine des activités économiques, la figure de la gestion privée du service public est loin d'être exceptionnelle (50). Dans le domaine des télécommunications, on cite les concessions prévues par l'Arrêté royal du 24 décembre 1966 relatif aux réseaux de distributions d'émissions de radiodiffusions aux habitations de tiers. Plus proche de nous, la loi du 21 mars 1991 prévoit en son article 89, § 2, que le service public de commutation de données pourra faire l'objet de concessions sur base d'un cahier des charges. Ainsi, un service public de télécommunications échappe au monopole de l'entreprise publique et est susceptible d'être exercé en concurrence par les entreprises privées et l'entreprise publique.

b) *La nature dualiste possible de l'entreprise publique selon la loi du 21 mars 1991*

18. — La loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques autonomes contient une autre innovation. Il s'agit en effet de « scinder fictivement l'activité des entreprises publiques en deux parties : une partie 'service public' dont les tâches seront organisées par le contrat de gestion et une partie 'commerciale' dont la gestion sera poursuivie en pleine autonomie » (51).

(50) Ainsi, se multiplient les cas d'application de la forme juridique de la concession dont la nature juridique a été étudiée par ORIANNE (thèse citée).

(51) Ph. QUERTAINMONT. « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 », *op. cit.*, p. 76.

Ainsi, l'entreprise publique se trouve soumise à une dualité de régime. « l'assujettissement d'une activité de l'entreprise publique à la qualité de mission de service public n'est plus automatique, elle entraîne l'application d'un régime juridique spécial auquel ne sont pas soumises les autres activités de l'entreprise publique autonome » (52).

C'est donc au législateur de délimiter souverainement (53) au sein des activités permises par l'objet social de Belgacom, celles qui sont de service public, c'est-à-dire les activités « dont la réalisation est aux yeux du législateur indispensable à la réalisation du bien commun » (54). Cette « souveraineté », bien entendu, ne peut préjuger de l'application éventuelle de normes issues de la Communauté européenne.

Pour Belgacom, c'est l'article 58 qui stipule que « les missions de service public consistent en la mise à disposition du public des télécommunications publiques (...) ainsi que des prestations de nature sociale ou humanitaire » y afférentes (55).

Ces télécommunications publiques, définies à l'article 82, concernent l'infrastructure publique, les services réservés et les

(52) P. VERKAEREN. « Tendances récentes en matière de contrôle de certains organismes d'intérêt public », *Ann. droit.* 1991, 70. D. DÉOM. *Les contraintes de droit public.* *op. cit.*, p. 136. Ainsi, au sein de l'entreprise publique, sont distinguées les activités concurrentielles et les activités de service public pour lesquelles un régime particulier de droit public reste prévu : définition des tâches dans le contrat de gestion, contrôle de tutelle par le commissaire du gouvernement, application de la législation sur les marchés publics, tarification non libre, bénéfice d'immunité quant aux biens affectés au service public, etc.

(53) Cf. D. NUCHELMANS — G. PAGANO. *op. cit.*, pp. 19 et 20 : « Les critères de rattachement sont laissés à la libre appréciation du législateur : inaptitude ou carence du secteur privé, désintérêt de ce secteur à l'égard d'une activité ne présentant pas des perspectives de bénéfices suffisants, souci de péréquation nationale fondé sur l'égal accès de toutes les régions à un équipement collectif, souci de maintenir une concurrence loyale (...) ». Pour ces auteurs, « le simple souci d'assurer une certaine maîtrise, voire une influence déterminante des pouvoirs publics sur une activité, ne paraît plus suffire à la faire classer comme mission de service public. ... ».

(54) J. DEMBOUR. *Droit Administratif*. Liège, Fac. de droit, d'économie et de sciences sociales, 1978, p. 73. Cf. également A. ALEN — J. DEJARDIN. *Précis de Droit Administratif belge*, Bruxelles, Story Scientia, 1989, n° 59.

(55) En France, à côté des télécommunications publiques, France Télécom (Loi du 2 juillet 1990) a bien d'autres obligations d'intérêt général dont on regrette de ne pas trouver trace dans notre loi :

- participation à l'effort national d'enseignement et de recherche (art. 4) ;
 - participation à l'exercice des missions de défense et de sécurité publique (art. 5) ;
 - contribution à l'aménagement du territoire (art. 6).
- Sur tout cela, lire J. CHEVALIER. « La mutation de la poste et des télécommunications en France », *D.I.T.*, 1990, 4, pp. 44 et 45.

installations de télécommunications accessibles au public et situées dans le domaine public. Elles sont accordées en concession exclusive à Belgacom en vertu de l'article 84. Ainsi, pour Belgacom « mission de service public » et « activités en concession exclusive » sont synonymes (56).

Limiter le champ d'application des droits exclusifs aux missions de service public est une approche qui rappelle celle de l'article 90 du Traité de Rome et sa jurisprudence (57). Le régime dérogatoire du droit commun est en effet réservé aux seules activités relevant des missions de service public de l'entreprise. Mais ceci ne vaut que dans la seule mesure où la dérogation est indispensable au bon accomplissement de ces missions d'intérêt général (58).

Précisément, la reconnaissance de ces missions d'intérêt général au sein ou en dehors de l'entreprise publique justifie l'application de règles particulières.

§ 3. — *Le régime juridique du service public*

19. — Nul ne conteste l'application des trois lois générales du service public à toute entreprise opérant un tel service. Ces lois « constituent le minimum du régime juridique spécial applicable à tout service public » (59). L'application de ces principes prend cependant des formes différentes selon la manière dont l'autorité a organisé la prise en charge de ce service public. Suivant le degré d'autonomie conférée à l'entreprise, les lois du changement, de l'égalité et de la continuité se formulent différemment et leur respect est assuré de manière diverse.

(56) Sous réserve de ce qui a été dit à propos du service de commutation de données.

(57) A ce propos, lire P. VAN GEHUCHTEN. « La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du traité CEE. Interventions publiques et droit communautaire », *C.I.D.P.*, Bruxelles, Bruylant, 1988. Cf. également les remarques de D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, *op. cit.*, p. 481.

(58) Cf. B. AMORY, « Droit communautaire », in *Vers une nouvelle réglementation des télécommunications*, *op. cit.*, p. 164. Voir aussi *Livre vert « Télécommunications »*, *op. cit.*, position B, p. 221 et directive « Services », spécialement les considérants 17 et 18.

(59) D. DÉOM, *Les contraintes de droit public*, *op. cit.*, p. 119; M. HERBIET, *op. cit.*, p. 330. Cf. également « Exposé des motifs de la loi du 21 mars 1991 », *Doc. parl.*, Chambre, 1287/1, 1989/1990, p. 13 où est illustré la manière dont les trois lois du service public sont appliquées aux missions de service public de Belgacom.

a) *La loi du changement*

20. — Traditionnellement, la loi du changement a été comprise comme la possibilité pour l'Etat de modifier à tout moment l'organisation institutionnelle opérant le service public (60). Ce n'est que récemment que la signification plus fonctionnelle de la loi du changement a été mise en lumière : il s'agit de permettre aux autorités de modifier le contenu même du service offert (61), par modification unilatérale du cahier des charges dans le cas de concession (62) ou par décision de l'autorité publique compétente dans le cas d'une Régie ou d'une administration (63).

La loi du 21 mars 1991 offre une solution négociée. Les tâches de service public sont définies par le contrat de gestion et peuvent être réévaluées ou adaptées dans le cadre de la procédure de négociation prévue aux articles 4 et 5 de la loi (64). Ainsi, le changement n'est plus décidé unilatéralement mais suite à l'accord du gouvernement et de l'entreprise opérant le service public. Cette solution introduit dans l'application de cette première loi du service public un maximum de souplesse. Il s'agit de permettre à l'entreprise de s'adapter aux circonstances du marché et à son environnement concurrentiel et à l'Etat d'adapter de façon continue le service public à l'évolution technologique et aux besoins de la clientèle (65). Ce souci

(60) Ainsi la transformation de la R.T.T. en holding public (loi de 1984) et en entreprise publique autonome (loi de 1991).

(61) Sur cette modification, lire M.A. FLAMME, *op. cit.*, p. 47. Selon BUTTENBACH (*op. cit.*, n° 61), la loi du changement implique que « l'autorité publique garde un contrôle entier sur l'organisation du service et son fonctionnement : elle peut donc y apporter les changements requis par l'intérêt général. Concrètement la loi du changement pour l'entreprise chargée d'assurer un service public, le droit de modifier unilatéralement même en cours de contrat, les conditions de présentation et de fourniture offertes à la clientèle, dans les limites bien entendu de la loi et de ses pouvoirs ».

(62) A ce propos, P. ORIANNE, *op. cit.*, n° 271 et 272.

(63) A ce propos, dans le cadre de l'ancienne Régie, les applications de cette loi du changement étaient nombreuses.

(64) Sur cette procédure, Y. POULLET, R. QUECK, B. VERHAEGEN, « La réglementation des télécommunications », Dossier du *J.T.*, à paraître.

(65) Certains pourraient s'étonner du fait que l'Etat ne puisse imposer de par sa seule volonté les modifications d'intérêt général. A ce propos, on relèvera cet attendu important du conseil d'Etat qui donne raison à la solution prévue par la loi de 1991 mais en précise les limites : « la négociation ou la concertation imposée par la loi constituent un frein au jeu normal de la loi du changement qui gouverne l'action administrative ; que les dispositions qui les imposent ne peuvent cependant faire l'objet d'une interprétation extensive » (C.E., n° 32667, 31 mai 1989 ; GODARD, *A.P.M.*, 1989, 78). Il s'agissait en l'occurrence de préciser la signification de l'article 2, § 1.2° de la loi du 19 décembre 1974

de la négociation dans la définition des tâches concrètes de service public s'exprime par l'obligation de soumettre l'état d'avancement du projet de contrat de gestion à la commission paritaire et est encore plus marqué à propos des règles de conduite vis-à-vis des usagers puisque l'article 47, § 2 prévoit une procédure d'avis du Comité consultatif. Le contrat de gestion constitue par ailleurs une limite importante à l'application par l'entreprise publique autonome de ses prérogatives de service public. En outre on notera que la nature contractuelle (66) des rapports de cette entreprise avec sa clientèle lui en interdira toute application brutale et apportera à la clientèle une certaine sécurité juridique (67).

b) *La loi de la continuité*

21. — Le caractère indispensable à l'intérêt général de l'exercice d'une activité de service public conduit à « admettre — même en dehors de tout texte — que l'activité ne puisse être suspendue, réduite ou prendre fin prématurément sans le consentement de l'administration » (68). Entendu d'abord comme l'immunité d'exécution de l'ensemble des biens et l'introduction de mise en faillite des activités de l'entreprise publique, ce principe de continuité s'est progressivement circonscrit : l'immunité d'exécution ne touchait plus que les seuls services nécessaires à l'exploitation du service public fonctionnel.

Dans le cadre de l'exploitation du service public par un opérateur privé, le principe de continuité se traduit de manière diverses.

organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats prévoyant notamment une concertation avant toute décision relative à l'organisation du travail.

(66) A ce propos, X. DIEUX, « Les entreprises publiques et le droit commercial », in *Les entreprises publiques autonomes*, op. cit., p. 107.

(67) A ce propos, les remarques critiques souvent formulées à propos de l'ancienne conception réglementaire des relations usagers-service public : « Il est certain que les usagers professionnels des services de télécommunications s'accrochent mal de cette prérogative du service public qu'est la R.T.T. et qu'en cette matière, ils peuvent légitimement souhaiter certains engagements contractuels fermes de la part de leur prestataire de services ». Actuellement, l'utilisateur n'a aucun droit au maintien des règles, tarifs et conditions qui gouvernent le service au moment où il entre en relation voire pour certains services, à leur maintien (B. DE CROMBRUGHE, J. Poullet, op. cit., n° 68).

(68) M. HERBIET, op. cit., p. 333.

Il s'agira pour des entreprises privées chargées d'une concession de service public tantôt de ne pouvoir résilier leur concession que moyennant un long préavis, tantôt de la reprise automatique des activités par un autre concessionnaire, tantôt, comme c'est le cas pour les télécommunications (69), de l'interdiction de cessation de l'exploitation jusqu'à l'arrivée du terme.

Dans le cadre de la loi de 1991, de nombreuses dispositions prétendent garantir la continuité du service public : selon l'article 8, l'entreprise bénéficie de l'immunité d'exécution pour les biens entièrement ou partiellement affectés à la mise en oeuvre de ses tâches de service public. Quant à la filialisation des activités de service public, elle est réglementée par l'article 13 (exigence d'une participation majoritaire des autorités publiques, responsabilité solidaire de la filiale et de l'entreprise publique autonome vis-à-vis de l'exécution de telles activités) (70) de façon à assurer et garantir la permanence du service public.

Le principe affirmé par l'article 64 d'une responsabilité, même limitée, de l'entreprise publique autonome en cas de non-fonctionnement ou de fonctionnement défectueux de l'infrastructure, ou de manquements lors de la fourniture de services réservés par Belgacom conduit à une amélioration de la situation des clients de l'opérateur public (71). En effet, dans le cadre de l'ancienne réglementation, la règle de l'irresponsabilité atténuait voire anéantissait la portée de la règle de la continuité (72).

c) *La loi d'égalité*

22. — Le principe d'égalité « exige dès que l'utilisateur se trouve dans les conditions fixées d'une manière impersonnelle

(69) L'article 39 de l'A.R. du 24 décembre 1966 relatif aux réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion aux habitations de tiers prévoit la possibilité pour l'Etat de faire continuer l'exploitation par un tiers aux frais et sous la responsabilité du distributeur.

(70) Cf. également dans le même sens, les limites mises à la privatisation de l'entreprise elle-même, limites évoquées *supra*, n° 10.

(71) Même si on peut regretter le caractère trop sévère encore des limites mises par la loi.

(72) L'article 24 de la loi de 1930 stipulait que « la Régie n'est soumise à aucune responsabilité en raison des services de la correspondance par télégraphe et téléphone avec et sans fil ».

et générale par la loi ou le règlement de service, d'une part, qu'il puisse bénéficier des avantages ou des prestations de celui-ci, d'autre part, qu'il en supporte les charges sans la moindre discrimination » (73).

Ce principe trouve de nombreuses applications en matière de services publics de télécommunications (74), qu'ils soient gérés par des entreprises privées ou publiques. Ainsi, l'article 11 de l'Arrêté Royal du 24 décembre 1966 relatif aux réseaux de télédistribution oblige les opérateurs de ces réseaux à donner suite, dans les plus brefs délais, à toutes les demandes de raccordement des habitants desservis par le réseau de télédistribution.

En ce qui concerne les services offerts par l'infrastructure publique des télécommunications, le principe d'égalité trouve à s'appliquer à l'accès aux services classiques comme le téléphone, et au-delà, souligne l'article 107 de la loi du 21 mars 1991, à l'accès à tous les services réservés, c'est-à-dire à tous les services tombant sous le monopole de Belgacom ou d'une filiale (75).

Les principes européens de la fourniture d'une réseau ouvert l'Open Network Provision (O.N.P.) (76) précisent cette obliga-

(73) M.A. FLAMME, *op. cit.*, p. 55 ; cf. également parmi beaucoup d'autres, A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, 1966, n° 83. Pour l'analyse d'une jurisprudence abondante en la matière, O. DAURMONT et D. BATSELE, *op. cit.*, n° 85 et s.

(74) Cf. à cet égard, nos réflexions in B. DE CROMBRUGGHEET Y. POULLET, *op. cit.*, n° 65 et F. DE CANNART D'HAMALE, *op. cit.*

(75) A noter que ce principe d'égalité s'applique y compris à Belgacom et à ses filiales lorsque ces derniers entendent accéder à un service réservé pour l'offre d'un service non réservé.

(76) Le concept d'ONP est central dans le développement du marché communautaire des services de télécommunications. Inspiré de la notion d'« Open Network Architecture » (ONA) — mise sur pied aux Etats-Unis par la FCC (Federal Communications Commission) suite au démantèlement du monopole de l'opérateur national AT&T au début des années 1980 — le concept européen d'ONP a été conçu pour répondre à un triple défi : promouvoir l'offre de service à valeur ajoutée sans porter atteinte à l'intégrité physique et financière de l'offre d'infrastructure, répondre à l'offensive américaine sur le marché des équipements et des services en Europe et en fin constituer une solution européenne en vue de la construction du marché unique.

La mise en oeuvre du concept d'ONP a fait l'objet d'une Directive adoptée le 28 juin 1990 (*J.O.*, n° L 192, p. 1) par le Conseil : cette Directive entend régir les conditions de la mise à disposition des infrastructures de télécommunications auprès des utilisateurs (au sens large du terme, c'est-à-dire aussi bien le prestataire de service que l'utilisateur final). Un ensemble de principes communs fixant les conditions générales de fourniture de l'infrastructure de réseaux y sont définis. Ces conditions harmonisées concernent les interfaces techniques, les conditions d'offres et d'utilisation des infrastructures, ainsi que des principes tarifaires et devraient permettre le développement d'un marché pan-euro-

tion d'accès égal en même temps qu'ils permettent de l'appliquer de façon extensive. En effet, et nous reviendrons sur ce point (*infra* n° 27), le service public des télécommunications, hier réduit à l'accès au service de transport par la voix, peut être élargi demain du fait que les progrès de la technologie permettent de concevoir d'autres services comme étant d'utilité publique et ce indépendamment de l'opérateur chargé de la fourniture de ces services.

C'est ainsi que l'accès se conçoit également d'un accès à l'infrastructure elle-même, à savoir la possibilité pour des opérateurs privés de se connecter à l'infrastructure de Belgacom pour offrir en concurrence avec cette dernière des services non réservés (77). C'est également sur base du principe d'égalité face au service public que l'article 89 de la loi évoque la possibilité d'un cahier des charges pour l'offre du service public de commutation des données par des entreprises privées (78).

23. — Ainsi, s'il n'existe pas, comme le relève pertinemment D. DÉOM (79), de « droit au service public », il existe un droit d'accéder au service public. Mais même cette seconde formulation mérite quelques commentaires supplémentaires. Le principe d'égalité conduit-il à obliger l'entreprise gérant un service public à appliquer uniformément des conditions préablement fixées ? pour prendre un exemple, peut-on que Belgacom offre sur l'ensemble du territoire belge des lignes louées à grande capacité ou un réseau numérique à intégration de services ? Une telle interprétation freinerait tout dynamisme commercial de la part de l'opérateur public. La consécration récente du principe de « non-discrimination » comme traduc-

peén des services dans lequel des prestataires de services pourront utiliser les réseaux d'un Etat membre différent dans le respect de principes d'accès arrêtés en commun.

(77) C'est l'objet de l'article 107 de la loi : « Belgacom assure l'accès égal aux services réservés à tous les usagers qui se trouvent dans des situations équivalentes ».

(78) Article 89, § 2 : « Les conditions contenues dans ce cahier des charges doivent être objectives, transparentes et sans effets discriminatoires. Elles ne peuvent viser que le respect :

1° des exigences essentielles telles que définies à l'article 107, § 3, alinéa 3 :

2° de conditions minimales de disponibilité égale et régulière, de couverture géographique et de fiabilité du service ».

(79) D. DÉOM, *op. cit.*, p. 420.

tion plus adéquate du principe d'égalité permet de résoudre la question. « Il s'agit de la nécessité de fondre les disparités de traitement (inévitables dans le développement des activités de l'entreprise publique) sur des critères justifiables, c'est-à-dire des critères raisonnables, légitimes, adéquats et proportionnés au but de la mesure envisagée » (80).

D'aucuns relèveront la difficulté d'évaluer si le comportement d'une entreprise peut être jugée discriminatoire. Dira-t-on que Belgacom en privilégiant l'expérimentation d'un réseau mobilophonique numérique sur l'axe Anvers-Bruxelles méconnaît le principe d'égalité ? L'article 107, §3 apporte un premier élément de réponse : « Le contrat de gestion précise les obligations qui incombent à Belgacom en exécution des §§ 1^{er} et 2 ». « Ainsi, le contrat de gestion pourra moduler dans le temps et dans la capacité le déploiement d'une infrastructure nouvelle, sans méconnaître le principe d'égalité ».

Au-delà, saisi par un citoyen qui s'estime victime des choix de l'opérateur, le juge soupèsera les intérêts poursuivis par l'opérateur public lors d'un tel choix. Il aura égard, s'agissant d'un service public, au fait que la rationalité poursuivie ne soit pas appréciée au regard du seul intérêt de la firme mais que ce choix procède de la « bonne administration » d'un service public.

Quelques réflexions sur l'application de ce principe en matière d'entreprises chargées de gérer un service public s'imposent.

(80) Pour une application de ce principe de non-discrimination, l'arrêt I.R.G. Dans le cas d'une faillite bancaire, l'Institut de réescompte et de garantie avait privilégié le remboursement des dépôts en francs belges ce qui ne fut pas jugé contraire à l'égalité (Cass., 1^{er} avril 1982, *R.C.J.B.*, 1984, 636, note Ph. QUERTAINMONT). En d'autres termes, les usagers devant bénéficier d'une égalité de traitement, c'est-à-dire que des citoyens se trouvant dans des situations comparables devront bénéficier du même traitement. Des différences de traitement ne pourront être retenues que si les situations à réglementer sont réellement différentes et que la différence de réglementation est pertinente et en rapport logique avec cette différence objective de situation. Sur le principe d'égalité, ou plutôt de non discrimination, lire les réflexions en droit français de N. NITSCH, « Les principes généraux du droit à l'épreuve du droit public de l'économie », *R.D.P.*, 1981, pp. 1549 et s.

d) *Le principe de « bonne administration »*

24. — L'économiste Baudouin MEUNIER (81) écrivait : « Même si les tâches du manager du secteur non-marchand (82) sont très proches de celles de son homologue des organisations commerciales : marketing, gestion financière, du personnel, etc., le concept de performance qui y est développé acquiert une dimension spécifique. En effet, le non-marchand, par sa finalité extravertie, doit pouvoir être évalué par rapport aux missions d'intérêt général qui lui sont reconnues ». Il ajoute que cette évaluation n'est pas simple eu égard au flou des objectifs et à la difficulté de les hiérarchiser.

La reconnaissance d'une autonomie de l'entreprise publique par rapport au décideur public a le mérite d'obliger à une certaine transparence des choix opérés. Qu'il s'agisse du contenu du contrat de concession conclu avec l'opérateur privé ou du contrat de gestion conclu avec l'entreprise publique autonome, le contenu de celui-ci (83) révèle les critères de décision et les options prises. Ainsi, à propos du service téléphonique de transport de la voix, on peut soit privilégier le critère d'égalité d'accès à un service soit social, soit défendre le principe de la participation des usagers du financement d'un service, soit affirmer un tarif basé sur les coûts réels d'un service : les conclusions en matière de fixation du tarif local téléphonique ne seront pas les mêmes suivant que l'on fait prévaloir l'un ou l'autre des critères (84).

C'est par rapport à ce choix que, le cas échéant, selon le principe de « bonne administration » (85), entendue au sens

(81) B. MEUNIER, « L'évaluation des fonctions collectives. Le mythe de Sisyphe ? », *op. cit.*, p. 38.

(82) L'auteur y range très clairement Belgacom « à la lumière de l'importance que prennent ces tâches de service public » (*op. cit.*, p. 37).

(83) Ainsi par exemple le premier contrat de gestion conclu avec Belgacom et approuvé par arrêté royal du 19 août 1992 (*M.b.* 4 septembre 1992, p. 19.325).

(84) Cf. à ce propos, la décision récente de Belgacom de relever les tarifs locaux et de diminuer les tarifs internationaux tant pour mieux résister à la concurrence internationale que pour satisfaire au principe européen des tarifs orientés vers les coûts.

(85) Ce principe largement développé par la doctrine néerlandaise a été repris en particulier par la doctrine néerlandophone belge en particulier L.P. SUTENS, « Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht », *T.B.P.*, 1970, 379-396. M. ROELANDT, *De zuinigheidsplicht*, *T.B.P.*, 1987, p. 279. Ce principe a bien d'autres significations (principe d'impartialité, de motivation, devoir de prudence, fair play, etc.). Sur tout cela, A. VAN MENDEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Kluwer, Antwerpen, 1990.

large ou selon le principe du « raisonnable » (86), le juge pourra, contrôler, de manière marginale certes, d'une part la légitimité des choix opérés par le contrat de gestion ou la concession et d'autre part la conformité des décisions de l'entreprise à ce contrat ou à cette concession (87)

§ 4. — *Service public v. Service universel :
les leçons d'une comparaison*

a) *L'intérêt de la comparaison*

25. — La notion de service universel « Universal Service » (88) s'est développée aux Etats-Unis, en particulier mais pas uniquement en matière de télécommunications ; elle peut être confrontée utilement à celle de service public et ce pour diverses raisons :

- cette notion est née dans un pays de tradition libérale, qui méconnaît la notion d'entreprise publique mais entend soumettre par d'autres voies, l'entreprise privée à des contraintes d'utilité publique. En d'autres termes, et ceci est important, la notion de service universel est d'emblée centrée sur le *contenu* du service considéré comme d'intérêt général alors que celle de service public se confond au point de départ avec l'*organisation* de caractère public chargée de l'assurer ;
- cette notion a pu rendre compte, en premier lieu, de la nécessité de reconnaître un monopole privé en matière de

(86) Selon M. BOES, « Rechter en bestuur, Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsting », *Liber amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, pp. 5 et s.), le principe du raisonnable qui consiste précisément en l'examen marginal de l'aspect politique du contenu de la décision, doit être distingué du principe de bonne administration relatif à l'aspect procédural et légal des décisions.

(87) L'existence de recours possibles d'un tiers soit en cas d'illégalité du contrat de gestion ou de rupture d'égalité créé par le *contrat de gestion*, soit en cas de non-respect par Belgacom des dispositions du contrat de gestion et ce nonobstant la nature contractuelle de celui-ci, est étudié in D. DÉOM, Les contraintes de droit public ..., *op. cit.*, pp. 122 et 123 et Y. POULLET, R. QUECK, B. VERHAEGEN, « La réglementation des télécommunications », Dossier du *J.T.*, à paraître.

(88) Sur la notion de service universel, cf. notamment J. HILLS, « Universal Service, Liberalization and privatization of telecommunications », *Telecommunications Policy*, 1989, 130 et s. ; du même auteur, « Universal Service : a social and Technological construct », *Communication & Strategies*, 1993, 2, 61 et s. ; Senator Larry PRESLER and K. SCHIEFFER, « A proposal for Universal Telecommunications Service », *Federal Communications Law Journal*, 40, [1988], 351-375.

- télécommunications comme, en second lieu, de la nécessité de confier à la concurrence le service universel en la matière ;
- cette notion est de plus en plus reconnue par la réglementation européenne (89) ;
- enfin, elle met l'accent sur le fait que son contenu a un caractère évolutif et conduit à la nécessité de mettre sur pied des autorités publiques capables de susciter un débat public et d'en adapter le contenu de façon continue.

b) *La notion et ses caractéristiques*

26. — Le Communications Act de 1934 (90) utilise pour la première fois la notion et en fait l'objectif principal de la réglementation des télécommunications américaine : il s'agit, comme l'exprime l'article 1 de la loi, « to make available, so far as possible, to all people of the United States a rapid, efficient, nation-wide and world-wide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges ... ». Le terme « service universel » rend compte d'une politique d'accès pour tous à des services minima considérés comme d'intérêt général et ce à des prix raisonnables ... il rend compte également de l'évolution de cette politique. En 1934, la solution du monopole confié à l'AT & T, société privée a été considérée comme la réponse adéquate à l'époque : vu la technologie utilisée pour l'offre du seul service universel envisagé à l'époque à savoir celui du transport de la voix, confier le monopole qualifié de « naturel » à une seule entreprise était considéré comme la solution la plus efficace pour opérer les « cross subsiditions » nécessaires à l'accès universel au service. L'évolution technologique et la multiplication possible des services à offrir ont progressivement remis en cause ce dogme et

(89) A travers en particulier les directives « Services » et « ONP » qui d'emblée définissent les services d'intérêt général par leur contenu sans se soucier du statut de l'entreprise qui les offrent. Pour un plaidoyer de la notion en Europe, lire N. GARNHAM, « Universal Service in Western European Telecommunications », in N. GARNHAM éd., *European Telecommunications Policy Research*, IOS, Amsterdam, 1989, 123-174. Il est à noter que la Commission (D6 XIII) prépare pour le moment une communication au Conseil et Parlement sur la notion du service universel en matière de télécommunication.

(90) Communications Act 1934 Title 1, Section 1st. Sur la naissance du concept : H.S. DORDICK, « The origin of universal service », *Telecommunications Policy*, 1990, p. 223.

ont conduit, par décisions successives, le gouvernement américain à reconnaître une démonopolisation progressive des services universels de télécommunications (91).

Progressivement, en effet, a été reconnu à la fois le fait que la concurrence permettrait d'améliorer la qualité et la diffusion du service public de transport de la voix, mais également le principe que d'autres services universels devaient être reconnus. Ainsi, en particulier le service d'accès à l'infrastructure pour l'offre de services à valeur ajoutée a amené l'autorité américaine à développer les principes d'« Open Network Architecture », qui ont inspiré le concept européen plus tardif d'« Open Network Provision » (92).

27. — Un rapport au Congrès américain (93) témoigne de l'explosion actuelle du contenu de la notion de service universel des télécommunications. Selon ce rapport, il s'agit en effet de reconnaître sous ce vocable tant l'accès pour des personnes âgées à des services télématiques médicaux d'urgence (télédiagnostic) ou de sécurité (téléalarme) que l'accès à des services de télécopies dans des lieux publics, la possibilité pour des centres d'enseignements de bénéficier de prix réduits pour la mise sur pied et l'utilisation de services de courrier électronique, etc. Cette liste prend en compte le fait que l'évolution technologique crée des services nouveaux dont l'existence ou l'utilisation par des catégories de personnes correspondent à des besoins jugés d'intérêt général (94).

La satisfaction de ces besoins divers passe par des moyens réglementaires de nature variée et à destination d'acteurs bien différents. Il s'agira tantôt de subsidier des services sociaux tantôt de normaliser des interfaces, tantôt d'exiger de certains

(91) Sur l'histoire américaine de la réglementation des télécommunications, lire Ph. DEFRAIGNE, Un modèle de déréglementation : les Etats-Unis, in B. AMORY et alii, « Vers une nouvelle réglementation des télécommunications », *Cahiers du CRID*, n° 4, 1990, 65 et s.

(92) Sur le concept d'ONA, A. VALLEE, « L'évolution de la réglementation américaine en matière de télécommunications : l'ONA et ses prolongements en Europe », *Droit de l'Informatique et des Télécommunications*, 1989/2, p. 85.

(93) U.S. Congress, OTA, Critical Connections, Communications for the future, Washington, DC Government Printing Office, 1990. Cf. également le rapport au Congrès en voie de publication de M.S. NADEL, *Reviewing and Rethinking the definition of Universal Communication Service*, (à paraître).

(94) Le rapport de Mr. NADEL distingue trois types de service universel : l'accès au réseau, l'accès à des contenus informationnels et l'accès aux capacités de production.

opérateurs l'offre de services au public (95) et ce à des tarifs raisonnables.

Cette diversité des actions possibles pour rendre effective une politique du « service universel », envisagé non comme un service unique mais bien comme des services au pluriel, est dans leur conception et leur mise sur pied le fait de la Federal Communication Commission (F.C.C.) (96) qui apparaît comme une sorte d'autorité administrative indépendante, chargée de « réguler » le jeu du marché essentiellement aux mains du privé. Le fonctionnement de cette commission laisse une large place au débat public (97) où chaque acteur est appelé à s'exprimer, avant que cette commission soit tranche, soit instruite une réforme législative.

c) Opérateurs privés et service universel

28. — L'action souvent énergique de la F.C.C. illustre en même temps la difficulté de contraindre par une politique de service public, l'action d'entreprises privées. Récemment, J. HILLS (98) notait : « L'expérience des Etats Unis et du Royaume-Uni prouve qu'un système privatisé fait baisser les investissements dans le réseau de base. Aux Etats Unis, les Regional Bell Operating Companies (R.B.O.Cs) ont utilisé les recettes qu'elles tiraient du monopole qu'elles exerçaient sur le réseau téléphonique local pour se diversifier dans d'autres secteurs et dans d'autres pays. Par ailleurs, lorsqu'on investit, c'est dans des artères à forte densité de trafic qui relient de grands centres économiques ... Aux Etats Unis, il a fallu don-

(95) A cet égard, la décision dans certains Etats fédérés d'interdire aux télévisions privées le cryptage de la retransmission d'événements sportifs jugés d'intérêt général est considéré par NADEL comme l'émergence d'un nouveau service universel. Cf. également la circulaire du 20 juillet 1993 relative à l'octroi de subvention aux pouvoirs locaux de la Région bruxelloise-Capitale pour couvrir les frais de raccordement à un système de téléassistance (*M.b.* 31 août 1993, p. 19176).

(96) Sur le rôle de la F.C.C., J. HILLS, *Deregulating Telecoms : competition and control in U.S., Japan and Britain*, Pinter London, 1986, comp. avec le rôle joué par OFTEL en Grande-Bretagne, à ce propos C. THIRAN, « Régulation des comportements monopolistiques dans le secteur des télécommunications : comparaison Grande-Bretagne, Belgique », *Actes du 10^e Congrès des économistes de langue française*, Mons, novembre 1992, pp. 175-200.

(97) Selon la procédure bien connue des Hearings, J. HILLS, « Démocratie et Télécommunications », *Journal des Télécommunications*, 1993, p. 27.

(98) J. HILLS, *op. loc.* ; W.H. MELODY, « La réforme des télécommunications : quels secteurs faut-il privatiser ? », *Journal des Télécommunications*, 1992, pp. 289 et s.

ner des incitations financières aux sociétés privées pour qu'elles investissent dans des zones rurales ... »

La critique d'Eli Noam (99) est plus sévère encore. Ce dernier craint qu'une privatisation des réseaux et des services n'aboutissent à une limitation du droit de chacun à communiquer et à s'exprimer. Il conclut en affirmant : « The exercise of freedom of association may lead to group formation that are restrictive of speech. Hence, the evolving pluralistic structure of telecommunications may bear the seeds for a new type of bottleneck to the free flow of information that did not exist on the traditional public network and its common carriage. It is a challenge to communications policy to keep the network system open from end to end, and to provide integrative tools for its diversity which do not result in fragmentation ».

Ces dernières considérations doivent-elles nous conduire à inverser la proposition et soutenir que l'obtention des objectifs de service public ne peuvent être le fait que d'entreprises publiques ? Il ne peut être question de répondre positivement ou négativement à la question mais, en conclusion, de nuancer les avantages et les limites de l'action de l'entreprise publique.

CONCLUSIONS

29. — La réflexion menée jusqu'à ce point remet en cause de façon fondamentale deux slogans (a), elle conduit à mettre en évidence la notion de service public conçue comme service universel (b) et à évoquer comme un des moyens d'atteindre la réalisation du service public, l'entreprise publique (c). Elle entend souligner les avantages que ce moyen de réalisation présente (d) même si elle en définit en même temps les conditions d'un tel choix.

a) Deux slogans nous paraissent devoir être évités :

30. — Le premier consiste à refuser toute privatisation comme incompatible avec la réalisation du service public : le

(99) E.M. NOAM, « Private Network and Public Objectives », *Annual Review of Institute for Information Studies*, 1991, pp. 20 et s.

second confère à l'entreprise publique le monopole du service public. Réfutons chacun de ces slogans.

- La privatisation — au sens strict du terme — de l'organisme gérant un service public n'est pas incompatible avec la réalisation de celui-ci. De tout temps, l'Etat a associé, par voie de concessions, ou d'agréations, des entreprises aux capitaux purement privés à l'obtention de fins déterminées d'intérêt général.
- Par voie de conséquence, l'entreprise publique n'a pas le monopole du service public. La supériorité tant affirmée de la privatisation dans des secteurs autrefois propriété d'Etat tient aux lacunes de l'ancien système dont le mode de gestion bureaucratique, sans dynamisme et mal armé face à la concurrence internationale ne permettrait pas une réalisation efficace des services d'intérêt généraux.

Ainsi, *a priori*, le « service public » ne doit pas nécessairement être le fait d'un organisme placé sous le contrôle direct des autorités publiques et à capital public, en d'autres termes d'un service public organique.

b) *La réflexion met en évidence la notion de service public comme service universel*

31. — Débarassé de la confusion service public organique — service public fonctionnel, notre raisonnement entend privilégier cette dernière notion en tant que telle et l'envisager comme un service universel. Il s'agit en effet, indépendamment de la qualité et du statut de celui qui l'opère, de définir pour un secteur déterminé jugé d'intérêt général (ainsi le transport, l'électricité, les télécommunications, etc.) les « fonctions collectives » que l'on désire assurer au sein de ce secteur et qui modifient le résultat que spontanément le libre jeu du marché atteindrait.

Ainsi pour ne reprendre que l'exemple des télécommunications, l'investissement dans l'augmentation de la qualité de l'infrastructure, le développement des régions rurales, la non-fragmentation des réseaux, la confidentialité des communications, la non-multiplication des standards d'interconnexion constituent autant de domaines où l'intervention de l'Etat

peut s'avérer nécessaire pour qu'existe le service universel de communication.

La notion de service universel s'écrit au pluriel. Cette invitation à mieux considérer les multiples composants du service universel des télécommunications permet d'envisager des actions à de multiples niveaux et utilisant des moyens de réalisation variés : création d'entreprises publiques auxquelles un monopole est conféré, normalisation, subsidiation d'activités, etc.

En outre, cette notion est évolutive. Si l'accès à des cabines publiques de téléphone était hier envisagé, l'accès à des appareils de télécopie ou à des bornes de radiocommunications peut devenir demain un droit pour chacun.

c) Les diverses formes d'entreprises publiques représentent divers moyens possibles mais non-exclusifs pour la réalisation du service public

32. — La variété des formules regroupées sous la notion d'entreprise publique depuis la Régie jusqu'à l'entreprise publique autonome et demain la société mixte de droit public permet à cette notion de répondre de manière adéquate et non rigide aux besoins de la collectivité. La variété peut concerner la composition du capital (sociétés totalement publiques, sociétés mixtes à majorité publique), le statut juridique (administration publique, établissement public, entreprise publique à caractère industriel et commercial, groupement d'intérêt économique), mais également l'envergure de l'entreprise ».

Le choix de la formule dépendra de l'environnement que présente le marché libre, des exigences et des caractéristiques du service public. Ainsi, peut-on considérer que la privatisation partielle d'institutions publiques de crédit peut s'expliquer sinon se justifier par le fait que la défense du petit épargnant est, en Belgique, assurée mieux qu'hier par le jeu normal de la concurrence, que la filialisation du service public de la mobilophonie s'explique par la spécificité du métier et la nécessité d'acquiescer un know-how indispensable.

La notion d'entreprise publique est une notion à « géométrie variable », ou plutôt à « autonomie plus ou moins large », sui-

vant les spécificités culturelles, économiques et politiques d'un pays et en tenant compte de la nature et de la « prégnance » du service public à assurer. Cette réflexion peut aboutir à abandonner au secteur privé le soin d'assurer le service public, lorsque l'Etat de par le rapport des forces qu'il entretient avec les « concessionnaires », de par l'intérêt qu'il trouve à ne pas investir dans un secteur déterminé ou de par l'efficacité du mode de gestion purement privé à assurer le service en question pourra garantir la réalisation de la fin d'intérêt général.

Suivant la formule choisie, les règles de continuité, d'égalité et du changement s'exprimeront et s'appliqueront différemment. Le mode de formulation contractuelle qui caractérise le système mis en place par la loi du 21 mars 1991 présente à cet égard des avantages. Elle de contrat de gestion oblige à définir clairement le contenu du service public et représente un instrument de contrôle facile de l'action de l'entreprise publique par rapport aux missions de service public réalement définies.

En conclusion, il est nécessaire qu'ayant élucidé les besoins collectifs à satisfaire dans un secteur déterminé, les gouvernants étudient soigneusement le mode le plus approprié pour en garantir la réalisation. Sans doute, serait-il en outre utile qu'ils motivent le choix de la formule eu égard notamment à la manière dont ils intendent mettre en œuvre les lois du service public et que ce choix soit réévalué de temps en temps.

d) Les arguments en faveur de l'exploitation du service public par une entreprise publique

33. — Lois de cet examen, les gouvernants peuvent opérer le choix d'une des multiples formes d'entreprise publique : — cette diversité de formes est elle-même une richesse et constitue un premier argument en faveur de l'exploitation du service public par une entreprise publique.

Le Centre européen des entreprises publiques relève d'autres avantages justifiant le recours par l'Etat à l'entreprise publique (100) pour assurer le service public. Sans doute, mieux que l'entreprise privée, elle pourra répondre aux impératifs des

(100) Rapport cité, 10 et s.

besoins du consommateur dans la mesure où elle pourra prévoir dans sa structure, des lieux organisés d'expression des besoins de ces derniers. Deuxièmement, les dirigeants tiendront compte d'une rentabilité à long terme, et ainsi faire face à des investissements lourds, prendront en considération les nécessités de la recherche développement indispensable dans certains secteurs. Troisièmement, certaines missions particulières pourront lui être imposées pour tenir compte de situations économique-sociales difficiles. Bref, la structure même de l'entreprise publique, son objet social même c'est-à-dire le service public lui permettront de mieux élucider et réaliser les implications de celui-ci alors que la finalité « introvertie » de l'entreprise privée lui fera ressentir le service public qui lui est concédé comme quelque chose d'étranger à sa mission principale.

De tels arguments peuvent être purement théoriques. L'entreprise publique, gestionnaire du service public, aura à cœur d'en démontrer le bien fondé lors de la réalisation concrète de son objet social, aussi de donner vie au service de médiation avec les usagers, de veiller effectivement aux investissements nécessaires à long terme au développement du secteur et de mettre sur pied les services que la loi de mars 1991 qualifie de « prestations sociales et humanitaires ».

C'est à cette œuvre que doit être jugé l'intérêt de maintenir l'exploitation par une entreprise publique du service public.

e) *Le choix en faveur de l'entreprise publique suppose cependant certaines conditions*

34. — Il importe de bien séparer les fonctions de réglementation des fonctions d'exploitation. Ce principe affirmé par la Communauté européenne en matière de télécommunications (101) nous paraît devoir être étendu à d'autres secteurs dits d'intérêt général. Il ne peut être question que l'entreprise publique qui exploite le service public puisse en définir elle-

(101) Cf. déjà la proposition G du Livre Vert « Télécommunications » de 1987, proposition concrétisée par l'article 6 de la directive 88/302 Terminaux et l'article 7 de la directive Services. Ce principe est repris par la loi belge avec la création de l'IBPT et l'attribution à cette dernière des fonctions réglementaires d'autrefois détenues par la R.T.T. (sur ce principe, Exp. *Motifs. Doc. parl.*, Chambre, 1287 : 1 — 1989/1990, p. 40).

même les contours et substituer ainsi sa logique d'entreprise à celle de l'intérêt général.

Cette séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation nous apparaît une condition indispensable pour que puissent être définies clairement et de façon évolutive les missions de service public confiées à l'entreprise. Même si cette définition est le fruit d'une concertation avec les opérateurs du service public, il est indispensable que l'organisme de réglementation soit doté d'une réelle indépendance et d'une véritable autorité (102).

BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie représente l'ensemble des ouvrages et articles consultés dans le cadre de la rédaction du présent rapport. Le lecteur trouvera une bibliographie abondante sur le thème in :

- D. DÉOM. *Le statut juridique des entreprises publiques*. Story Scientia, Bruxelles, 1990, pp. 503 et s.
 J. VELU. *Droit public*, t. 1^{er}. *Le statut des gouvernants (I)*, Bruylant, Bruxelles, 1986, pp. 103 à 107.

(en droit américain)

- H. SEIDMAN. « Entreprise publique ou privatisation aux Etats-Unis », *RISA*, 2, 1990, p. 31.

(en droit anglais)

- A. DUNSIRE. « Le débat secteur public — secteur privé : l'expérience au Royaume-Uni », *RISA*, 1, 1990, pp. 71 et 72.

(en droit français)

- J. CHEVALLIER. *Le service public*. PUF. « Que sais-je ! », n° 2359.

(102) Comp. « Créer un organisme de réglementation qui soit indépendant de l'exploitant et pour ainsi dire indépendant de l'Etat. Cet organisme devrait être chargé d'appliquer la politique de l'Etat, de s'assurer que l'exploitant répond de ses résultats dans les domaines économique et social, de régler les différends entre consommateurs et exploitants, de suivre l'évolution de la situation dans le secteur et de conseiller les pouvoirs publics en matière de politique générale. L'organisme de réglementation joue le rôle de tampon entre les exploitants des télécommunications et l'Etat, ce qui garantit la séparation des fonctions. Contrairement aux exploitants, qui une fois sous-traités à l'emprise directe de l'Etat sont tentés de ne s'intéresser qu'aux aspects économiques, l'organisme de réglementation peut veiller à ce que soient pris en compte les objectifs sociaux ou autres. La réglementation vise avant tout le secteur privé, mais il arrive également qu'on l'applique au secteur public pour parvenir aux mêmes objectifs » (W.H. MELODY, *op. cit.*, p. 293).

(en droit allemand)

- R. SCHOLZ — J. AULEHNER. « Postreform II. Zu Möglichkeiten und Grenzen einer Materiellen oder formellen Privatisierung der Post », *Archiv P.T.*, 221 et s.

Bibliographie sélective

A. — Ouvrages

- A. ALEN. *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht — de grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*. Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1984.
- L'a.s.b.l. évaluation critique d'un succès*, 37^e Séminaire de la C.D.V.A., Gand, Story Scientia, 1986.
- Aspects juridiques de l'interrention des pouvoirs publics dans la vie économique*. Bruxelles, Bruylant, 1976.
- A. BUTTGENBACH. *Manuel de droit administratif*. Bruxelles, Larcier, 1966.
- J. DEMBOUR. *Droit administratif*, Liège, 1978.
- M.A. FLAMME. *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- Ph. QUERTAINMONT. *Droit administratif de l'économie*, Bruxelles, Story Scientia, 1987.
- Les fonctions collectives dans une économie de marché. Alternatives de gestion et fonctions collectives*. Actes du 10^e Congrès des économistes de langue française. Rapports préparatoires, Mons, 26 et 27 novembre 1992.
- E. LENTZEN. « La réforme du statut de la RTBF », *C.H. CRISP*, 1992, n^{os} 1375-1376.
- D. NUCHELMANS, G. PAGANO. « Les entreprises publiques autonomes », *C.H. CRISP*, n^{os} 1321-1322.
- P. ORIANNE. *La loi et le contrat dans les concessions de service public*. Bruxelles, Larcier, 1961.
- Les entreprises publiques autonomes : la nouvelle loi du 21 mars 1991*. Actes de la journée d'études organisée à l'ULB, 23 octobre 1991, 1992.
- Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté européenne*, sous la dir. de G. TIMSIT, Bruxelles, Bruylant, 1988.

B. — Articles, Parties d'ouvrages, notes d'observations

- CEEP. *Actualisation de la notion de service public*, Rapport, juin 92.
- M. DAMAR et P. DELAUNOIS. « Les organismes d'intérêt public en Belgique », *C.H. CRISP*, n^{os} 1191-1192, 1988.
- O. DAURMONT — D. BATSELE. 1985-1989, « Cinq années de jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux principes généraux de droit administratif », *Adm. Publ.*, 1990, pp. 262 et s.

- E. DE CANNART D'HAMALE. « Les contrats RTT ou les rapports entre la Régie des Télégraphes et Téléphones et les usagers », *J.T.*, 1983, pp. 109 et s.
- B. DE CROMBRUGGE et Y. Poullet. « La réglementation des télécommunications en Belgique », *Adm. Publ.*, 1986, t. 4, pp. 187 à 215.
- H. DE GROOT. « Privatisering in Nederland », *R.W.*, 1992-1993, pp. 41 et s.
- A.G. DELION. « La notion d'entreprise publique », *A.J.D.A.*, 1979, pp. 4 et s.
- A. DELION. « Entreprises publiques : privatiser ou réformer ? », *RISA*, 1, 1990, pp. 72 et s.
- H.J. DE RU — R. WETTENHALL. « Progrès, coûts, avantages de la privatisation », *RISA*, 1, 1990, pp. 6 et s.
- M.A. FLAMME. « Puissance publique et service public », *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 487 et s.
- M. HERBIET. « Les ASBL et la gestion privée des services publics », in *Les ASBL, évaluation critique d'un succès*, Actes du 37^e séminaire de la CDVA, Bruxelles, Story Scientia, 1986.
- J. LEBRUN. « Les formes juridiques de l'initiative économique publique en Belgique au XIX^e et au XX^e siècles », *Le rôle des capitaux publics dans le financement de l'industrie*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- P. ORIANNE. *La concurrence entre entreprises publiques et entreprises privées*. Rapports belges au X^e Congrès international de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 517 et s.
- Ph. QUERTAINMONT. « La concurrence du secteur public aux entreprises privées », *Adm. Publ.*, 1986, t. 3, pp. 119 à 154.
- J. SCHERER. « Rechtliche Instrumente und verfahren zur deregulierung der Deutschen Bundespost Telekom vor und nach der Privatisierung », *Archiv P.T.*, 1993, pp. 261 à 268.
- J. STASSEN et M. HERBIET. « L'intervention de l'Etat dans l'économie en Belgique », *RISA*, 1979, pp. 349 à 366.
- J.M. VAN BOL. « L'entreprise publique comme instrument des politiques de l'Etat », *Adm. Publ.*, 1983, T. 2, pp. 116 à 122.
- X. VANDENDRIESSCHE. « Le transfert d'entreprises du secteur public au secteur privé : notion et compétences », *Dr. Soc.*, 1987, pp. 702 à 712.
- G. VLACHOS. « Fondements et fonction de la notion de service public », *Dalloz Chron.*, Sirey, 1978, pp. 257 à 262.