

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Service universel : l'oeuvre inachevée du législateur américain

van der Mensbrugghe, François

Published in:

Revue internationale de droit économique (R.I.D.E.)

Publication date:

1999

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

van der Mensbrugghe, F 1999, 'Service universel : l'oeuvre inachevée du législateur américain', *Revue internationale de droit économique (R.I.D.E.)*, numéro 3, pp. 351-388.

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.

SERVICE UNIVERSEL : L'ŒUVRE INACHEVÉE DU LÉGISLATEUR AMÉRICAIN

François R. van der MENSBRUGGHE*

Universal service has become the object of legislative interest throughout the world, at local, national, and regional levels of government. It has also attracted attention on the international plane, as demonstrated by recent endorsements of the notion by the World Bank, the World Trade Organization (WTO), and the International Telecommunications Union (ITU). The very term of universal service has itself become universal. Notwithstanding, its origins and evolution remain largely obscure and misunderstood. The purpose of this article is to reflect on universal service as it first appeared in the United States and to determine whether its current embodiment in the Telecommunications Act of 1996 meets the goals set out by the Clinton administration in its Agenda for Action for a National Information Infrastructure of 1993. Retrospectively, it appears that Congress was unable to find a consensus on a restructuring of American telecommunications regulation. Accordingly, it left many questions to the determination of the Federal Communications Commission. Today, many important issues remain disputed or unresolved. Against this backdrop, the broad issue of delegation of power – or representative democracy – has taken a new spell in the United States.

* Cet article reprend et développe un papier paru dans les *Cahiers du CRID*, n°15 (Service universel, concurrence et télécommunications), Bruxelles, Story-Scientia, 1999, pp. 89-124. L'auteur tient à remercier E. Montero et Y. Pouillet pour l'aimable autorisation de reproduction. Il tient aussi à remercier la Communauté française de Belgique pour l'octroi d'une bourse lui permettant d'effectuer ses recherches sur le sujet aux États-Unis (à la *Georgetown University Law Center*). Les points de vue exprimés dans cet article sont exclusivement ceux de l'auteur. Les commentaires sont les bienvenus. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : Faculté de droit de Namur, 5 Rempart de la Vierge, B-5000 Namur, Belgique, <francois.vandermensbrugghe@fundp.ac.be>.

Le service universel suscite confusion et appréhension, surtout en France et en Belgique. Les raisons de ces craintes et de ces sentiments confus sont multiples et relativement simples à identifier. L'origine étrangère et migratoire du service universel – des racines américaines et une greffe plus ou moins heureuse dans des États pétris par le *service public*¹ – constitue à l'évidence un premier facteur d'incompréhension, voire de frustration². Le fait que le service universel change de signification selon le secteur auquel il se rattache est également source d'interrogations. La notion s'entend-elle à l'identique dans le secteur des télécommunications comme dans celui de la poste³ ou de la banque⁴ ? Ou bien encore dans le secteur de l'enseignement⁵ ? La confusion ne résulte-t-elle pas du fait que l'expression est souvent galvaudée : outre que le service universel serve à traduire les aspirations sociales – parfois fort généreuses – de tout un chacun, la confusion n'atteint-elle pas son comble par l'usage d'expressions voisines telles *service universel global* ou encore *service public universel* ?

Les avatars de la notion ne s'arrêtent pas là. À ces interrogations initiales s'ajoute le fait que le service universel se bâtit toujours, laissant de nombreuses questions encore en suspens⁶. Du reste, même *achevé*, le service universel est en quelque sorte voué à entretenir des rapports singuliers avec le temps puisque la logique interne de la notion suppose une variabilité permanente de son contenu (du moins pour ce qui concerne le secteur des télécommunications, et sans doute ailleurs)⁷. Pour le juriste qui désire manier des concepts stables garantissant un minimum de sécurité juridique, il est sans doute peu de notions aussi déroutantes. Pour l'heure, le service universel est donc une notion en voie de développement – géographique, sectoriel et temporel.

1. La mauvaise communication des institutions de l'Union européenne, singulièrement la Commission, est pour partie responsable de cette greffe malheureuse, d'où la communication de la Commission du 11 septembre 1996 sur Les services d'intérêt général en Europe (COM(96) 443 final) : cf. R. KOVAR, *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 32 (2) avril-juin 1996, pp. 215-242.
2. Cf. p. ex. en France la réaction de M. CLAUDE et A. PAILLIER : « Il ne s'agit plus du service public pour les usagers, mais d'un service universel pour les indigents à qui on fait la charité ! », in Les services publics et l'Europe : une vraie menace, *Le Monde*, 21 juin 1995 ; cf. en Belgique l'appel lancé par la Centrale Générale des Services Publics (C.G.S.P.), *Pas d'Europe sans services publics*, Bruxelles, 6 juin 1996.
3. Cf. la position commune du Conseil sur les services postaux (n° 25/97 du 29 avril 1997), *J.O.C.E.*, n° C 188 du 19.6.97.
4. *Q.R.*, Ch. repr. (Belgique), sess. ord. 1995-1996, question n° 113 du 23 mai 1996, p. 5493 (M. Th. Detienne).
5. Cf. Ducarme lance le « service universel », *Le Soir*, 27 mars 1997 ; cf. École : forcing du PRL pour le service universel, *La Libre Belgique*, 16-17 mai 1998.
6. Au premier rang desquelles il faut mentionner celle de son financement (motivant par là-même des actions en constatation de manquement engagées par la Commission européenne (article 169 CE) : pour la Belgique, cf. Communiqué de presse de la Commission du 5 novembre 1997 (ip/97/954)).
7. Par ex., en Belgique, l'article 3 de l'arrêté royal du 28 octobre 1996 portant la liste des services prestés au titre du service universel des télécommunications, *Moniteur belge*, 10 décembre 1996, p. 30839.

Avec cela, la confusion entourant le service universel ne résulte-t-elle pas, plus profondément, de considérations portant sur son utilité même ? Certains de se demander pourquoi il serait besoin de prévoir des obligations de service universel là où un environnement concurrentiel devrait, de toute manière, voir les acteurs concernés déployer leur énergie pour accroître leurs parts du marché et ainsi conjuguer, naturellement, intérêt public et intérêt privé⁸. Adam Smith n'avait-il pas raison lorsqu'il écrivait en 1776 : « Tout en ne cherchant que son intérêt personnel, [l'individu] travaille surtout d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler. Je n'ai jamais vu que ceux qui aspiraient, dans leurs entreprises de commerce, à travailler pour le bien général, aient fait beaucoup de bonnes choses » ?

À l'évidence, il ne peut être question ici de lever toutes les incompréhensions qui entourent le service universel. Parviendra-t-on jamais à saisir une notion qui, à l'instar du *service public à la française*, échappe obstinément à une appréhension conceptuelle satisfaisante ? Sans doute, non. Il n'en reste pas moins qu'on peut lever des coins de voile sur cette notion en cherchant à la source – aux États-Unis, dans le seul secteur des télécommunications – des éléments de comparaison, et partant, des éléments de réponse à ces questions. Ce *retour aux sources* sera d'autant plus utile que le service universel américain est parfois présenté comme un modèle absolu, transposé tel quel à l'étranger¹⁰. Ce sera aussi l'occasion de mieux comprendre ce qui fait figure chez d'aucuns d'épouvantail et, chez d'autres, de produit d'inspiration divine, à l'abri de dérives par trop passionnelles.

Dans l'approche qui est proposée ici, deux questions s'imposent tout naturellement à notre examen : la première a trait à la détermination des *origines* du service universel des télécommunications aux États-Unis (1). L'examen de cette question ne relève pas d'un pur intérêt historique. L'existence d'une multitude de services de télécommunications nouveaux – le courrier électronique, l'identification de l'appelant, etc. – nous oblige à repenser aujourd'hui les choix qui se sont posés au début de ce siècle pour une technique simple – le téléphone. Ce faisant, les choix d'aujourd'hui

8. Cf. par ex. l'opinion de P. HUBER : « Experience shows that the most universal hamburger – the Big Mac – was supplied by the market », in *Law and Disorder in Cyberspace*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 140-141. Cf. aussi l'opinion sans nuances de D. McCULLAUGH : « This implementation of universal service is based on a knee-jerk fear of Internet "haves and have-nots". That's unrealistic. New technologies take time to filter through a society. The joint board's position ignores history ; flush toilets and cars took decades to spread », in *It's a Bad Idea*, <<http://www.spectacle.org/1296/declan.html>>.
9. A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, Gallimard (coll. Idées), 1976, p. 256.
10. R.E. HUNDT, From Buenos Aires to Geneva and Beyond, discours prononcé par le directeur de la *Federal Communications Commission* (ci-après, FCC) devant le *World Affairs Council*, le 22 octobre 1997 : « ... we have established practices and standards for interconnection, unbundling, and universal service that are being studied and copied by countries all over the world ». Cf. <<http://www.fcc.gov/Speeches/Hundt/spreh759.html>>.

comportent naturellement des intérêts plus importants que ceux de naguère, en termes de coûts/bénéfices à mesurer. Dans ce contexte, « [u]ne perspective historique peut davantage nous éclairer sur les choix difficiles à opérer »¹¹. La deuxième question qui s'impose à notre examen a trait à la consécration du service universel dans la *Telecommunications Act* du 8 février 1996 (2)¹². L'on notera d'emblée que le législateur américain, pour s'être attelé à la tâche de donner forme concrète au concept, n'en a pas moins laissé de nombreuses questions ouvertes.

1 LES ORIGINES DU SERVICE UNIVERSEL AUX ÉTATS-UNIS

L'expression de service universel remonte au début du 20^e siècle¹³. S'il n'est sans doute pas utile de retracer ici toute l'évolution de la notion, depuis ses origines, certaines questions liées à l'émergence même de la problématique du service universel valent néanmoins la peine d'être soulevées (1.1). De la sorte, que peut-on trouver d'instructif dans cette notion originelle ? Comment s'intègre-t-elle dans l'évolution du secteur des télécommunications américain ? L'environnement et les objectifs qui l'ont vu naître ne sont-ils pas radicalement différents de ceux d'aujourd'hui ? Au-delà de ce retour en arrière, au début du siècle, d'autres questions se posent, liées au tout récent intérêt législatif pour la notion (1.2). On peut ainsi se demander ce qui reste aujourd'hui du sentiment d'euphorie qui avait littéralement galvanisé certains *policy-makers* au début de la décennie, laissant croire que le service universel constituerait l'un des vecteurs principaux de la construction des autoroutes de l'information.

11. M. MUELLER, *Universal Service. Competition, Interconnection, and Monopoly in the Making of the American Telephone System*, Cambridge (MA) – London (England), The MIT Press, 1997, p. 188 (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « *A historical perspective can make us more aware of the difficult trade-offs that must be made* ».
12. Il eût été souhaitable de procéder à l'examen du service universel au niveau étatique américain. Les États, considérés comme des « laboratoires » du gouvernement fédéral, ont joué et continuent de remplir, un rôle particulièrement important dans la construction du service universel. À cet égard, l'État de Californie a joué un rôle pionnier : cf. la « *Moore Universal Telephone Service Act* » de septembre 1983, et, plus près de nous, la « *Citizen Complaint Act* » du 22 septembre 1997. La contribution présente, pour des raisons de place, s'en tient à une étude de la question au niveau fédéral.
13. Cf. à ce sujet l'exposé de M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *Réseaux*, 1994, n° 66, pp. 11-36. Pour la version anglaise de cet article, cf. *Universal service in telephone history. A reconstruction, Telecommunications Policy*, July 1993, pp. 352-369. Cf. aussi H.S. DORDICK, *Toward a Universal Definition of Universal Service*, Institute for Information Studies (Ed.), *Annual Review, 1991 : Universal Telephone Service : Ready for the 21st Century ?*, Nashville (TN), The Institute for Information Studies, pp. 109-139.

1.1 L'émergence de la problématique du service universel

Bien évidemment, le service universel des télécommunications ne s'est pas imposé aux États-Unis du jour au lendemain, figé une fois pour toutes avec ses caractéristiques actuelles. Il a été le produit d'une gestation longue et quelque peu mouvementée. Aujourd'hui, on peut distinguer trois étapes dans la construction de la notion.

Utilisée pour la première fois en 1907, l'expression traduit d'abord une volonté – d'origine privée – d'asseoir le monopole de l'opérateur dominant des télécommunications de l'époque, AT&T. En effet, aucune démarche sociale ne se dessine dans le discours du concepteur de l'expression¹⁴. Lorsqu'il évoque le service universel pour la première fois, Theodore Vail cherche en fait à concentrer dans le chef de la société qu'il dirige les réponses aux problèmes d'interconnexion qui se posent concrètement aux États-Unis¹⁵. En clair, la notion originelle entend d'abord servir une stratégie commerciale particulière où il est davantage question de conforter les intérêts de *Ma Bell* (« *everywhere* ») que de servir la collectivité (« *everyone* »)¹⁶.

Cette démarche – intéressée – d'interconnectivité est du reste corroborée par une observation des agissements d'AT&T. Durant cette période de l'avant-guerre, la société entreprend une politique effrénée d'acquisition de ses concurrents. Dans un premier temps, les pouvoirs publics américains entendent couper court à cette politique agressive. Aussi, concluent-ils un accord avec AT&T aux termes duquel la société s'engage à ne plus entreprendre d'acquisitions sans restrictions. L'accord, qui reçoit le nom de *Kingsbury Commitment*, est consolidé dans un *Consent Decree* en 1914¹⁷. Par cet engagement solennel, les juridictions fédérales américaines prennent acte de l'arrêt des pratiques anticoncurrentielles d'AT&T. Dorénavant, tout projet d'acquisition doit être soumis au *Department of Justice* et à la *Interstate Commerce Commission*, pour approbation.

Dans l'immédiat, on peut croire que *Ma Bell* doive sérieusement refréner ses ardeurs. Il n'en est rien, et la *Kingsbury Commitment* se voit rapidement vidée de sa substance¹⁸. Virtuellement toutes les acquisitions ultérieures sont autorisées, quand ce

14. Cf. AT&T, *Annual Report, 1907*, pp. 17-18 et AT&T, *Annual Report, 1909*, pp. 18-19.
15. Depuis l'expiration des brevets *Bell* en 1893 et 1894, une multitude de sociétés assurent les communications téléphoniques aux États-Unis : en 1900, on en dénombre 2000. En 1906, on évalue à 300.000 seulement le nombre de téléphones connectés au système *Bell* (sur un total de 2,16 millions) : cf. H.S. DORDICK, *Toward a Universal Definition of Universal Service*, *op. cit.* (note 13), p. 112.
16. L'expression même de *Ma Bell* (*maman Bell*) recouvre l'idée de maternage, de pourvoir à tous les besoins, d'universalité ...
17. À proprement parler, la *Kingsbury Commitment* est une lettre du vice-président d'AT&T, Nathan C. Kingsbury, au ministre de la Justice (*Attorney General*), James C. McReynolds, en date du 19 décembre 1913. Un *Consent Decree* est un acte, sanctionné par les tribunaux, mettant fin à une action *antitrust*.
18. Cf. M.K. KELLOGG, J. THORNE et P.W. HUBER, *Federal Telecommunications Law*, Boston – Toronto – London, Little Brown and Company, 1992, p. 201 : « *The Kingsbury Commitment was quickly gutted* ».

ne sont pas les pouvoirs publics américains eux-mêmes qui encouragent les concentrations¹⁹. Le législateur lui-même intervient par l'adoption de la *Willis-Graham Act* en 1921 : en l'occurrence, cette loi donne pouvoir à la *Interstate Commerce Commission* d'exempter les fusions dans le secteur des télécommunications de l'application des lois américaines sur la concurrence (les fameuses lois *antitrust*)²⁰. Rétrospectivement, on constate que la *Interstate Commerce Commission* accorde ces exemptions de manière quasi systématique²¹. Autrement dit, la *Kingsbury Commitment* n'est plus. La *Willis-Graham Act* l'a bel et bien reléguée aux archives d'AT&T. Pour Milton Mueller, il ne fait pas de doute que cette loi a servi en fait à ériger un seul système de télécommunications américain. D'après lui, en ce début de siècle : « La concurrence téléphonique pose un problème de "service universel" dans la mesure où les échanges en concurrence se refusent à se connecter les uns aux autres »²². C'est donc le souci d'interconnectivité qui l'emporte initialement, et cette interconnectivité n'est pas concevable, pense-t-on, avec des réseaux en concurrence. Il n'est réalisable qu'au moyen d'un seul opérateur, en l'occurrence AT&T²³. En clair, « *there existed a monopolist to do what seemed a monopolist's job* ».

Tout en ne mentionnant pas le service universel, la *Communications Act* de 1934 renforce cette idée d'interconnectivité, inspirée par Theodore Vail. L'objectif de la loi consiste en effet à « rendre disponible, autant que faire se peut, pour toute personne des États-Unis, un service de communication par fil et par radio et un équipement adéquat, jouissant de capacités nationales et mondiales, rapide, efficace et à des tarifs raisonnables »²⁴.

AT&T récolte les fruits de la politique américaine – des années vingt et trente – comme un fait établi et quasi incontesté. La *Willis-Graham Act* et la *Communications Act* confortent ses intérêts durant le demi-siècle qui suit. Du reste, durant de nombreuses années, le service universel n'est plus évoqué, ni dans les milieux

19. En 1918-1919, le secteur des télécommunications américain est directement pris en charge par le *Postmaster General* (responsable exécutif de la poste) : cf. *Act of Congress Covering Taking Over of Wires*, 40 Stat. 904 (1918) ; *President's Proclamation Taking Over Telephone and Telegraph Systems*, 40 Stat. 1807 (1918).
20. *Willis-Graham Act*, ch. 20, 42 Stat. 27 (1921). Cf. aujourd'hui 47 U.S.C.A. 221(a)(1991).
21. Entre 1921 et 1934 (année de l'adoption de la *Communications Act*), 272 acquisitions sont approuvées dans le secteur des télécommunications, sur un total de 275 soumissions : cf. M.K. KELLOGG, J. THORNE et P.W. HUBER, *Federal Telecommunications Law*, *op. cit.* (note 18), p. 201.
22. Cf. M. MUELLER, *Telecommunications Access in the Age of Electronic Commerce : Toward a Third-Generation Universal Service Policy*, <http://www.scils.rutgers.edu/people/faculty/CARD_ACC.HTM> (traduction personnelle).
23. Le sentiment public aux États-Unis, contre l'idée de concurrence dans le secteur des télécommunications, est dépeint avec bonheur par M.K. KELLOGG, J. THORNE et P.W. HUBER, *Federal Telecommunications Law*, *op. cit.* (note 18), p. 201, note 8.
24. Cf. 47 U.S.C. parag. 151 (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « ... *so as 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* ».

professionnels, ni dans les couloirs du Congrès, pas plus que dans les enceintes académiques. Il n'en est pas besoin : de l'avis général, AT&T répond pleinement aux attentes des usagers du téléphone américains, tant sur le plan de la couverture géographique que sur celui du prix ou de la qualité du service offert²⁵. En somme, reprenant une expression qui traduit le pragmatisme caractéristique des américains : « *If it ain't broke, don't fix it* »²⁶.

Si la satisfaction populaire paraît incontestable, une insatisfaction grandissante s'élevait ailleurs, qui vient surtout du régulateur fédéral américain et des concurrents d'AT&T. C'est une insatisfaction qui répond à la deuxième acception du service universel. Tout comme pour la première, cette deuxième acception de la notion n'est pas exprimée par le législateur en toutes lettres.

En effet, progressivement, le régulateur fédéral américain met en place un système de manipulations comptables conduisant à des subventions croisées entre les communications longue distance et les communications locales, ces dernières jouissant de tarifs excessivement bas²⁷. C'est le fameux processus de *separations and settlements*, aboutissant au plan *Ozark* de 1970²⁸. Avec ce processus : « Il était intéressant, politiquement parlant, d'accepter des tarifs longue-distance élevés et des tarifs locaux bas – en somme, de "flanquer" les coûts sur les utilisateurs interétatiques et de siphonner les revenus en sens inverse. Les avantages pour les régulateurs étatiques étaient évidents. La FCC pouvait également y gagner du crédit politique dans la mesure où cela mettait en avant son mandat législatif le plus populiste entre tous – le service universel »²⁹.

De fait, ce système de manipulations sert le service universel américain, entendu comme l'accès du plus grand nombre à un service téléphonique de base (« *Plain Old Telephone Service* » ou *POTS*). Entre 1940 et 1980, le coût réel des communications

25. D'après H.S. DORDICK, « L'offre d'un service universel des télécommunications de qualité était devenue une tradition d'entreprise chez AT&T. Pour le public, il était perçu comme un droit, si ce n'est un dû », in *Toward a Universal Definition of Universal Service*, *op. cit.* (note 13), p. 116 (traduction personnelle).
26. Si un objet n'est pas cassé, il ne faut pas le réparer...
27. La FCC a traditionnellement compétence pour les communications *interétatiques* : cf. 47 U.S.C. sections 151 et 152. Les régulateurs étatiques (*state utility commissions*) ont compétence pour les communications *intraétatiques* : cf. *Smith v. Illinois Bell Telephone Co.*, 282 U.S. 133 (1930). Cette décision de la Cour suprême des États-Unis exige qu'une séparation s'établisse entre les coûts des deux types de communications : « ... *unless an apportionment is made, the intrastate service to which the exchange property is allocated will bear an undue burden* ». Cf. *Smith v. ...*, 282 U.S. at 151. Cf. aussi *Louisiana Public Service Commission v. FCC*, 476 U.S. 355, 360 (1986).
28. *Prescriptions of Procedures for Separating and Allocating Plant Investment, Operating Expenses, Taxes and Reserve Between the Intrastate and Interstate Operations of Telephone Companies*, 26 F.C.C. 2d. 247 (1970).
29. M.K. KELLOGG, J. THORNE et P.W. HUBER, *Federal Telecommunications Law*, *op. cit.* (note 18), pp. 450-451 (traduction personnelle). On remarquera que les régulateurs ne manipulent le système, dans un but délibéré de favoriser le service universel, qu'à la fin des années soixante : cf. M. MUELLER, *Universal service in telephone history. A reconstruction*, *op. cit.* (note 13), at 355.

locales diminue de 40 % et le niveau de pénétration téléphonique passe de 37 % à plus de 90 %³⁰. Cela étant, les transferts comptables deviennent de plus en plus complexes, atteignant des niveaux vertigineux (jusqu'à 11 milliards de dollars l'an)³¹. De surcroît, la donne est bouleversée par un mouvement d'ouverture du secteur des télécommunications américain à la concurrence. Ce mouvement, entamé en 1956 avec l'arrêt *Hush-A-Phone*³², s'achève, peut-on dire, avec la décision *Computer II* de 1982³³. Un mélange important d'arrêts et de décisions de la FCC se succèdent durant ce quart de siècle.

L'arrêt *Execunet I*, rendu par la Cour d'appel fédérale de la ville de Washington en 1977, constitue sans doute l'un des plus emblématiques de cette longue série³⁴. Par cette décision, la concurrence s'introduit dans le marché des communications longue distance, alors qu'AT&T avait fait valoir un risque sérieux d'*écrémage* (*cream-skimming*) sur ce marché (en l'occurrence, venant de MCI). La cour de Washington, dans les mots du juge Skelley Wright, rejette tous les arguments présentés par AT&T. Incidemment, elle ajoute qu'elle est préoccupée par l'attitude générale de la société (qui, du reste, reçoit l'appui inconditionnel de la FCC)³⁵. Elle rejette l'idée selon laquelle la situation privilégiée dont elle jouit depuis des années s'impose quasiment comme un dû : « *Of course, there may be very good reasons for according AT&T de jure freedom from competition in certain fields ; however, one such reason is not*

30. Le coût des communications longue distance diminue également de façon importante : de 1950 à 1978, il a augmenté seulement de 8,6 % alors que l'index des prix à la consommation a augmenté durant cette période de 171 %. Cf. M.K. KELLOGG, J. THORNE et P.W. HUBER, *Federal Telecommunications Law*, op. cit. (note 18), p. 453, note 16.

31. A.E. KAHN et W. B. SHEW, *Current Issues in Telecommunications Regulation : Pricing*, 4 *Yale Journal on Regulation*, pp. 191-255, p. 197 (1986).

32. *Hush-A-Phone Corp. v. United States*, 238 F. 2d 266 (D.C. Cir. 1956). Cette décision constitue la première brèche dans le monopole global du système Bell. Dans cette affaire, la société *Hush-a-Phone* commercialisait des appareils qui s'attachaient au téléphone et permettaient de garantir le secret de la conversation vis-à-vis de l'extérieur. Victorieuse devant la FCC, la société AT&T perdra sa bataille contre *Hush-A-Phone* devant la Cour d'appel fédérale de la ville de Washington. L'attitude de AT&T dans cette affaire sera qualifiée par la cour d'« interférence injustifiée avec le droit de l'abonné de se servir raisonnablement de son téléphone de façon utile à titre privé, sans nuire à l'intérêt public » (« *unwarranted interference with the telephone subscriber's right reasonably to use his telephone in ways which are privately beneficial without being publicly detrimental* »). Douze années plus tard, à l'occasion de la décision *Carterphone* (FCC-1968), la FCC adoptera une politique plus libérale à l'égard des terminaux d'abonnés (*customer premises equipment* ou CPE). Cf. *Carterphone*, 13 F.C.C. 2d 420, *recon. denied*, 14 F.C.C. 2d 571 (1968).

33. Cette décision classe les services de télécommunications en deux catégories : les services de base (*Basic Services*) et ceux dits améliorés (*Enhanced Services*). Les premiers restent réglementés tandis que les seconds sont déréglementés. Notons que les terminaux d'abonnés (CPE) sont également déréglementés. Cf. *Computer II, Final Decision*, 77 F.C.C. 2d 384 et *Communications Industry Assn. v. FCC*, 693 F.2d 198 (D.C. Cir. 1982).

34. *MCI Telecommunications Corp. v. FCC*, 561 F. 2d 365 (D.C. Cir. 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 1040 (1978) ; *MCI Telecommunications Corp. v. FCC*, 580 F. 2d 590 (D.C. Cir. 1978), *cert. denied*, 439, U.S. 980 (1978).

35. *MCI Telecommunications Corp. v. FCC*, 561 F. 2d 365 (D.C. Cir. 1977), at 379.

simply that AT&T got there first. [...] The ultimate test of industry structure in the communications common carrier field must be the public interest, not the financial interests of those who have until now enjoyed the fruits of de facto monopoly »³⁶.

Ainsi, loin d'affronter concurrence et intérêt public, les Américains entendent les concilier. Dans ces conditions, le service universel a vocation à éclore sur un terreau nouveau. Le sort d'AT&T, quant à lui, est définitivement scellé avec son démantèlement (*divestiture*) le 24 août 1982, lui-même produit de la *Modification of Final Judgment (MFJ)*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1984³⁷...

Qu'en est-il du service universel au terme de cette évolution ? À dire vrai, la notion – comme telle – ne suscite toujours guère d'intérêt en ce début des années quatre-vingts. Certes, une proposition de loi portant sur le service universel fait l'objet d'un examen par la Chambre des représentants en 1983 (*Universal Telephone Service Preservation Act – HR 4102*), mais elle ne débouche sur aucun résultat concret³⁸. L'expression s'emploie par ailleurs, mais elle ne recouvre pas de conceptualisation précise³⁹. Pour cause : la notion s'entend toujours d'un service téléphonique de base offert à un prix abordable (*affordable basic telephone service*). Ce service se limite à l'accès au réseau public commuté (par définition analogique), et la possibilité d'émettre et de recevoir des appels. Or, ce service est largement pourvu aux États-Unis en 1983 : le taux de pénétration téléphonique moyen y avoisine les 92 %⁴⁰. Entendu de la sorte, le service universel n'appelle aucune attention particulière, encore moins une intervention des pouvoirs publics. Il est d'ores et déjà considéré comme étant fort bien satisfait⁴¹. Kenneth Haring et John Haring relèvent avec justesse, dans un rapport commandité par la FCC en 1984 : « Le

36. *Ibid.*, at 380.

37. *United States v. AT&T*, 522 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982).

38. H.S. DORDICK, *Toward a Universal Definition of Universal Service*, op. cit. (note 13), p. 117 ; H.S. DORDICK, *Universal Service in Post-Divestiture USA*, *Telecommunications Policy*, Avril 1991, pp. 119-128, p. 119.

39. V. p. ex. H. GELLER, *Telecommunications, Regulation*, January/February 1982, pp. 24-26, p. 24 : « *AT&T got a monopoly position in exchange for providing regulated, universal end-to-end service* ».

40. Le « taux de pénétration téléphonique » consiste à mesurer la disponibilité du téléphone. Il s'obtient en divisant le nombre de lignes téléphoniques résidentielles par le nombre de ménages. En raison de l'accroissement de lignes téléphoniques secondaires et des résidences secondaires, la mesure n'est pas toujours exacte : pour plus de détails, cf. Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), *Les obligations de service universel dans un environnement concurrentiel*, Paris, éd. de l'OCDE (coll. Politiques d'information, d'informatique et de communications, n°38), 1995, pp. 41 et seq. En 1983, le taux de pénétration téléphonique américain était précisément de 91,4 % : cf. M. MUELLER et J.R. SCHEMENT, *Universal Service From the Bottom-Up : A Profile of Telecommunications Access in Camden, New Jersey*, Rutgers University School of Communication, *Information and Library Studies*, <<http://www.ba.com/reports/rutgers/ba-title.html>>, Section C.1.

41. Pour Daniel L. BRENNER, en 1981 : « *Today ... we have reached the point of nearly universal voice service* », in *Communications Regulation in the Eighties : the Vanishing Drawbridge*, 33 *Administrative Law Review*, pp. 255-268, p. 264, 1981.

terme de "service universel" ne figure dans aucune loi de droit public et il n'y a aucune source faisant autorité qui le définit précisément, et encore moins, indique comment l'atteindre »⁴². De fait, la notion continue d'être ignorée puisqu'elle constitue d'ores et déjà un acquis.

La situation change cependant rapidement aux États-Unis. L'on ne se satisfait plus d'un service universel limité à l'accessibilité géographique du service téléphonique le plus simple. Désormais, la notion a vocation à s'élargir et à devenir un objectif de politique gouvernementale. Du reste, ce changement de perception est le fruit d'évolutions techniques, et de leurs prolongements sur les plans industriel, sociétaire et réglementaire américains. L'arrêt *Hush-A-Phone* ou bien l'arrêt *Execunet*, déjà mentionnés, traduisent ces développements techniques en termes judiciaires. La décision *Computer III* de la FCC montre combien la dichotomie entre services de base (*Basic Services*) et ceux dits améliorés (*Enhanced Services*) est vite dépassée⁴³. Naturellement, une *convergence* dans l'industrie américaine accompagne ce mouvement. Tandis que des secteurs suivaient jusque-là des logiques distinctes, ils partagent maintenant des intérêts communs. Des barrières, jusque-là étanches, sont rompues. Peu à peu, la société tout entière est appelée à cueillir les fruits de ces avancées techniques. Les individus eux-mêmes voient leurs habitudes de consommation, de travail, voire leur vie civique, profondément modifiées. En clair, « *technology has made rethinking necessary* »⁴⁴.

Au regard de ces évolutions, une intervention des pouvoirs publics américains s'impose. Certes, le secteur des télécommunications aux États-Unis constitue l'un des plus réglementés de la planète⁴⁵, mais en la forme, c'est l'absence d'intervention législative quasi absolue qui caractérise le secteur des télécommunications américain : la *MFJ* est d'origine judiciaire⁴⁶ et *Computer II et III* constituent des décisions prises par la FCC⁴⁷. Autrement dit, les États-Unis se trouvent devant une absence de politique générale du secteur des télécommunications. La chose est inconcevable en

42. K. GORDON et J. HARING, *The Effects of Higher Telephone Prices on Universal Service*, Federal Communications Commission, Office of Plans and Policy, *OPP Working Paper Series*, No. 10, March 1984, p. 2 (traduction personnelle).

43. Amendment of Sections 64.702 of the Commission's Rules and Regulations, *Report and Order*, 2 F.C.C. 2d 280 (1986).

44. Daniel L. BRENNER, *Communications Regulation in the Eighties : the Vanishing Drawbridge*, *op. cit.* (note 41), p. 267.

45. G.J. MULGAN, *Communication and Control. Networks and the New Economies of Communication*, New York - London, The Guildford Press, 1991, p. 243.

46. Décision prise par la *United States District Court for the District of Columbia* (en la personne du juge Harold H. Greene), autrement dit, la juridiction fédérale de première instance pour la ville de Washington : Modification of Final Judgment, *United States v. AT&T*, 552 F. Supp. 131, 229 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom. Maryland v. United States*, 460 U.S. 1001 (1983). On parle aussi de *Consent Decree*.

47. *Computer Inquiry II*, 77 F.C.C. 2d 384, *on reconsideration*, 84 F.C.C. 2d 50 (1980), *on further reconsideration*, 88 F.C.C. 2d 512 (1981), *aff'd sub nom. Computer and Communications Industry Association v. FCC*, 693 F.2d 198 (D.C. Cir. 1982), *cert. denied*, 461 U.S. 938 (1983).

Europe. C'est une lente – et récente – prise en charge de la notion de service universel par le législateur qui constitue la troisième étape dans la gestation de la notion. Elle fait l'objet des développements qui suivent.

1.2 Le parcours législatif progressif, et progressiste, de la notion

Dans un premier temps, il est permis de croire que les pouvoirs publics américains assignent au service universel une définition large. L'engouement initial pour la notion s'explique par le succès formidable que rencontrent les autoroutes de l'information, présentées en ce début des années quatre-vingt-dix comme le chantier du 21^e siècle. Dans les semaines qui suivent l'entrée en fonctions du Président Clinton en janvier 1993, une commission spéciale est formée, chargée d'étudier les applications possibles de ces fameuses autoroutes. Cette commission, appelée *the Information Infrastructure Task Force* (IITF), est présidée par le secrétaire d'État au commerce, Ron Brown⁴⁸. Dès le mois de septembre 1993, l'IITF publie un premier rapport intitulé *The National Information Infrastructure : Agenda for Action*⁴⁹. Dans ce document, le concept de service universel est explicitement appelé à recevoir un contenu *extensif* de façon à garantir des capacités informationnelles pour tous (« *Extend the "universal service concept" to ensure that information resources are available to all at affordable prices. Because information means empowerment – and employment – the government has a duty to ensure that all Americans have access to the resources and job creation potential of the Information Age* »)⁵⁰. Du reste, le document fournit quantité d'applications potentielles englobant des services *communautaires* (la diffusion d'offres d'emploi, de calendriers d'événements d'intérêt local, l'assistance à comprendre et à remplir les documents administratifs, etc.), des services *transactionnels* (incluant des services bancaires faits à domicile, les achats faits à domicile, l'ingénierie de groupe, etc.), des services de *santé* et *d'éducation*.

Dans la foulée, une proposition de loi est déposée en janvier 1994 par le sénateur démocrate, Ernest F. Hollings, et le sénateur républicain John C. Danforth (*Communications Act of 1994 – S. 1822*)⁵¹. L'objectif principal de cette proposition de loi (qui

48. Décédé en avril 1996.

49. *The National Information Infrastructure : Agenda for Action*, Information Infrastructure Task Force (IITF), 15 septembre 1993 : cf. 58 Fed. Reg. 49,025 (1993). Ci-après, la « National Information Infrastructure : Agenda for Action » sera reprise sous son abréviation de « NII ».

50. Cet objectif figure parmi les premiers de la « NII » : *op. cit.* (note 49), p. 3. Il est repris plus loin (p. 8) : « *A major objective in developing the NII will be to extend the Universal Service concept to the information needs of the American people of the 21st Century. As a matter of fundamental fairness, this notion cannot accept a division of our people among telecommunications or information "haves" and "have-nots". The Administration is committed to developing a broad, modern concept of Universal Service – one that would emphasize giving all who desire it easy, affordable access to advanced communications and information services, regardless of income, disability, or location* ».

51. La *Hollings Bill* (S. 1822) est introduite devant le Sénat américain le 25 janvier 1994.

prend le nom de *Hollings Bill*) est d'actualiser la *Communications Act de 1934*, rendu indispensable après un demi-siècle de changements. De manière plus prospective, la *Hollings Bill* se veut aussi une consolidation des potentialités nouvelles qui s'offrent désormais aux citoyens américains. La *Hollings Bill* énonce avec netteté son intention de se départir du *Plain Old Telephone Service*. De fait : « ... Les objectifs de la politique nationale et internationale de communication des États-Unis comprennent ce qui suit. Il s'agit de :

- 1) garantir l'accès de chaque personne à des télécommunications de base à des tarifs abordables ;
- 2) promouvoir le développement et une large disponibilité des technologies nouvelles ;
- 3) assurer l'accès des consommateurs à des sources diverses d'information ;
- 4) permettre la contribution de chaque individu à la libre circulation des idées et de l'information au travers des services de télécommunications ;
- 5) maximiser la contribution des technologies de l'information et des communications pour le bien-être économique et la qualité de la vie ;
- 6) protéger les droits de chaque individu à contrôler l'utilisation d'informations concernant son usage de services de télécommunications ;
- 7) promouvoir la démocratie »⁵².

Sans prétendre faire une exégèse de la *Agenda for Action* ou de la *Hollings Bill*, on peut relever cinq détails d'importance (qui seront atténués, ou disparaîtront par la suite).

- D'abord, les deux textes insistent sur la notion de *disponibilité* (... *ensure that information resources are available to all... ; ... promote the development and widespread availability of new technologies*). L'utilisation du mot *availability* et sa disparition ultérieure – au profit du mot *access* –, ne sont pas innocentes. Pour l'heure, il s'agit de garantir un rapport d'imédiateté par rapport aux technologies nouvelles⁵³.
- Les deux textes visent une politique de communication prise au sens large (... *communications policy*...) et pas uniquement une politique de télécommunications.
- Les usagers sont appelés à s'intégrer dans la société de l'information, comme des *acteurs* à part entière et pas seulement comme des consommateurs passifs. Ils sont censés contribuer à la libre circulation des idées et de l'information.

52. *Communications Act of 1994*, S.1822, Section 101 (traduction personnelle).

53. « *Accessible* » s'entend de ce qui est « *capable of being reached or easily approached* ». « *Availability* » s'entend de ce qui est « *capable of use for the accomplishment of a purpose, immediately utilizable* » : cf. *Webster's Third New International Dictionary of the English Language*, Springfield (MA), Webster, 1981.

- La *Hollings Bill* emprunte une démarche qui s'applique à l'ensemble de la population : elle vise *toutes* les personnes (... *ensure that every person...*), *chaque* individu (... *protect each individual's right...*) et les consommateurs (... *ensure that consumers...*).
- Enfin, la *Hollings Bill* utilise l'auxiliaire *shall*, qui énonce en anglais juridique une obligation (... *The goals of United States national and international communications policy shall include the following...*)⁵⁴.

En somme, les *policy-makers* américains ébauchent des projets généreux en 1993-1994 et le service universel – entendu de façon extrêmement large – constitue l'un des vecteurs principaux de ces projets. Du reste, l'euphorie pour les autoroutes de l'information ne vient pas seulement des pouvoirs publics américains. La publication de l'*Agenda for Action* et la *Hollings Bill* coïncident avec un florilège d'annonces d'alliances dans les secteurs des télécommunications et du câble. À cet égard, l'alliance la plus spectaculaire est sans doute celle annoncée le 13 octobre 1993 entre la compagnie régionale *Bell Atlantic* et la société *TeleCommunications Incorporated* (TCI). Estimée à \$33 milliards, cette alliance doit constituer la plus importante transaction jamais réalisée au monde. Elle embrasse, elle aussi, des objectifs fort généreux⁵⁵. Au début de 1994, c'est l'ensemble des acteurs concernés – pouvoirs publics et industriels – qui planchent sur un dépassement du *Plain Old Telephone Service* et qui réfléchissent par la même occasion sur le service universel⁵⁶.

Ces développements, qui laissent présager un service universel large, essuient rapidement de sérieux revers. Ainsi, le projet de fusion entre *Bell Atlantic* et TCI est annulé dès le mois de février 1994⁵⁷. La *Hollings Bill*, quant à elle, est retirée sept mois plus tard, en septembre 1994. Les raisons de ces revers sont multiples. Sur le plan industriel, ces échecs traduisent d'abord une défiance de l'actionnariat américain face à des projets qui ne reçoivent aucun soutien financier des pouvoirs publics, par tradition absents de la direction de la vie économique du pays⁵⁸. Ainsi, le titre *Bell*

54. D'après J.-C. GÉMAR : « En anglais contemporain, pour la plupart des grammairiens comme des juristes, *shall* employé dans un texte juridique (...) n'a, le plus souvent, que valeur *emphatique*. (...) la loi parle au présent, ce qui exclut *ipso facto* l'emploi du futur : la règle énoncée est d'application immédiate », in *Le langage du droit au risque de la traduction. De l'universel et du particulier, in Français juridique et science du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 123-154, pp. 136-137.

55. Cf. Bell-TCI relie le quart des écoles américaines à l'autoroute de l'information, *Les Échos*, 11 janvier 1994.

56. Un quotidien français souligne avec justesse que « C'est donc un débat sur le rôle du service public qui est actuellement lancé aux États-Unis... », *Les Échos*, 12 janvier 1994.

57. Cf. Échec du projet de fusion entre les Américains Bell Atlantic et TCI, *Les Échos*, 25 février 1994 ; Multimédia : TCI et Bell Atlantic rompent leur union, *La Tribune Desfossés*, 25 février 1994.

58. Du reste, la lecture de la « NII » fait apparaître, avant l'objectif de service universel, un objectif prioritaire de « *Promote private sector investment, through appropriate tax and regulatory policies* », « NII », *op. cit.* (notes 49-50), p. 3.

chute de \$67 en octobre 1993 à \$53 en février 1994⁵⁹. Qui plus est, en février 1994, la FCC ordonne aux cablo-opérateurs de baisser leurs tarifs de 7 %. Pour TCI, cette décision se traduit nécessairement par une amputation sérieuse de son *cash-flow*. En fin de compte, les projets sont revus à la baisse. L'euphorie cède la place au réalisme financier.

La *Hollings Bill*, quant à elle, est très mal accueillie par les *Regional Bell Operating Companies* (les *RBOCs*, communément appelées les *Baby Bells*). De fait, si la *Hollings Bill* ouvrait la possibilité pour les *Baby Bells* de faire de la téléphonie longue distance, c'était seulement à la condition qu'elles démontrent l'existence d'une concurrence « réelle et prouvée » (*actual and demonstrable*) sur les marchés locaux. Les *Baby Bells* jugent ce critère trop sévère⁶⁰. Les opérateurs longue distance, quant à eux, exigent d'opérer sur les réseaux locaux avant d'ouvrir leurs marchés à la concurrence des *Baby Bells*. La situation paraît inextricable⁶¹.

La *Hollings Bill* est aussi stigmatisée pour être trop réglementaire, notamment en ce qui concerne le service universel. Au demeurant, la nouvelle composition du Congrès explique cette hostilité à l'égard de la réglementation. La 104^e législature, élue à l'automne 1994 voit un Congrès à forte domination républicaine. La Chambre des représentants et le Sénat affichent un programme ouvertement libéral, illustré entre autres par le « *Contract with America* » inspiré par Newt Gingrich⁶². Le Président Clinton lui-même se dit maintenant partisan de moins d'interventionnisme⁶³.

C'est donc bien de la quadrature d'un cercle qu'il s'agit : comment organiser la concurrence dans le secteur des télécommunications – donc la course au profit – et maintenir en même temps une certaine équité ? Comment créer – et préserver – une dimension d'intérêt public alors que le gouvernement ne va rien investir dans les

59. Nombreux sont les actionnaires qui ne pensent voir aucun dividende pour de longues années à venir. Cf. Failed deal shows gaps in US telecoms, *The Financial Times*, 25 février 1994.

60. « *The Bells argued that it would take more than a decade for competition in the local exchange to reach the extent required in the Hollings Bill. In some rural areas, they said, such competition might never emerge* », in *Congressional Quarterly Almanac*, 103rd Congress, 2nd Session (1994), Washington D.C., Congressional Quarterly Inc., 1995, p. 208.

61. « *The bottom line was simple : the Bells did not want to put up for grabs any of their \$71.3 billion in local telephone revenues until they were allowed to offer other services. But the long-distance companies did not want the Bells to compete for long-distance customers until they gave up their local telephone service monopolies* », in *Congressional Quarterly Almanac*, 103rd Congress, 2nd Session (1994), Washington D.C., Congressional Quarterly Inc., 1995, p. 208.

62. Cf. *Congressional Quarterly Almanac*, 103rd Congress, 2nd Session (1994), Washington D.C., Congressional Quarterly Inc., 1995, pp. 22 *et seq.* et pp. 39-D *et seq.*

63. Cf. son « *State of the Union Address* » du 24 janvier 1995. D'après la *Congressional Quarterly Almanac* : « *the speech provided clear evidence that Clinton no longer controlled the congressional agenda and knew it. (...) he sounded positively Republican in his call to "cut yesterday's government to help solve tomorrow's problems"* », *Congressional Quarterly Almanac*, 104th Congress, 1st Session (1995), Washington D.C., Congressional Quarterly Inc., 1996, pp. 1-5.

projets qu'il entend promouvoir ? Comment concilier réglementation et déréglementation ? Comment concevoir un concept dynamique de service universel, sans perdre de vue la sécurité juridique et la neutralité économique qui doivent le sous-tendre ?

C'est dans ce contexte que le sénateur républicain Larry Pressler introduit une nouvelle proposition de loi devant le Congrès le 23 mars 1995 (S.652 – *Telecommunications Competition and Deregulation*). D'emblée, cette proposition de loi offre une perspective entièrement différente de celle figurant dans la *Hollings Bill*. Du reste, pour bien marquer la différence, le titre III de la proposition s'intitule « *An End to Regulation* ». Le service universel est bien repris dans le document soumis par le sénateur Pressler, mais il apparaît clairement que des pans entiers de la législation proposée, en ce compris le service universel, ne peuvent recueillir la majorité des deux chambres à mesure que l'on avance dans l'affinement des détails. Aussi, il est convenu de s'en tenir à des lignes directrices et de laisser à une commission paritaire le soin de déterminer, plus tard, la réponse aux questions les plus délicates. Dans ces conditions, la proposition du sénateur Pressler est adoptée dans les deux chambres et le service universel reçoit sa première consécration législative.

2 LA DÉTERMINATION DU SERVICE UNIVERSEL AU NIVEAU FÉDÉRAL AMÉRICAIN

La *Telecommunications Act* est adoptée le 8 février 1996, à mi-chemin de la 104^e législature (non sans un dernier contretemps)⁶⁴. La loi nouvelle affiche ses objectifs dans une phrase qui accompagne son intitulé : elle se propose de « promouvoir la concurrence et de réduire la réglementation afin de garantir des tarifs plus bas et des services de qualité plus élevée pour les consommateurs de télécommunications ». Il s'agit également de promouvoir « la diffusion rapide des nouvelles technologies des télécommunications ».

Comment s'y est pris le législateur américain pour donner forme concrète au service universel ? La réponse à cette question exige d'observer l'objectif qu'il s'est fixé (2.1), et les moyens prévus pour l'atteindre (2.2).

64. *Telecommunications Act of 1996*, Pub. Law No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996). La loi amende la *Communications Act* de 1934, 47 U.S.C., Sect. 151 *et seq.* La dernière mouture de la proposition de loi avait été contestée par un groupe de sénateurs républicains, menés par Bob Dole. Ces sénateurs jugeaient la proposition de loi trop peu « républicaine ». Finalement, l'absence à Washington de M. Dole, fin janvier 1996, a permis le vote final : cf. *Congressional Quarterly Almanac*, 104th Congress, 2nd Session (1996), Washington D.C., Congressional Quarterly Inc., 1997, pp. 3-43. Malgré tout, le vote, en faveur du passage de la loi, est important : la Chambre des représentants vote à une majorité de 414 voix à 16, le Sénat à une majorité de 91 à 5 : *Congressional Quarterly Almanac*, 104th Congress, 1st Session (1995), Washington D.C., Congressional Quarterly Inc., 1996, pp. 4-17.

2.1 L'objectif de service universel des télécommunications

La *Telecommunications Act* ajoute une nouvelle section 254 au titre II de la loi de 1934, intitulée simplement « *Universal Service* »⁶⁵. Au regard de la plupart des lois américaines, cette section est économe, voire avare, en définitions et explications détaillées. Il s'agit d'une loi-cadre dont la plupart des dispositions sont destinées à être complétées par la suite. Cette approche était nécessaire, nous l'avons vu, pour l'adoption de la loi⁶⁶.

Ainsi, le législateur met en place les mécanismes et les principes qui doivent enserrer le service universel à l'avenir. En premier lieu, il habilite la FCC à mettre sur pied une Commission paritaire (*Joint Board*), chargée d'aider la FCC dans sa détermination du service universel⁶⁷. La Commission est composée de membres choisis au niveau étatique et au niveau fédéral, avec en plus, un représentant des consommateurs⁶⁸. En tout, la Commission est composée de huit membres et ses décisions ont valeur de recommandations⁶⁹.

À première vue, la loi de 1996 paraît extrêmement laconique dans sa définition du service universel⁷⁰. Elle se contente en effet de préciser qu'il s'agit d'« un niveau de services de télécommunications évolutif » (*evolving level of telecommunications services*)⁷¹. Pour le professeur Krattenmaker, de la *William and Mary School of Law*, le caractère vague de pareille définition laisse penser qu'il peut s'agir de tout et de n'importe quoi (« *Well, it might be everything* »)⁷². Ce point de vue comporte du vrai et du faux en même temps. Le législateur a voulu consacrer le caractère dynamique du service universel, laissant ouverte la notion alors que, chacun le sait, les avancées en matière des télécommunications sont extrêmement rapides. La FCC est ainsi invitée à revoir périodiquement le niveau exact des services inclus dans la notion, sans que la périodicité ne soit au demeurant précisée dans la loi⁷³. Pour ce faire, elle

65. *Ibid.*, Sect. 101(a) qui ajoute 47 U.S.C. Sect. 254.

66. Pareille approche donne une grande marge de manœuvre à la FCC (cf. *infra* la question de la délégation de pouvoirs et les problèmes de droit constitutionnel qu'elle soulève). Il s'agit aussi, sans doute, de ne pas rouvrir le débat puisque : « *In general, the more detailed a rule is, the more often it will have to be changed* ». Cf. R.A. POSNER, 3 *Journal of Legal Studies*, 257, p. 278 (1974).

67. La Commission paritaire est établie de manière permanente : cf. 47 U.S.C. Sect. 254(a)(2) et (c)(2).

68. C'est la première fois qu'un représentant des consommateurs siège dans pareille commission paritaire : en l'occurrence il s'agit d'un représentant de la *National Association of State Utility Consumer Advocates* (NASUCA).

69. 47 U.S.C. Sect. 254(a) et Sect. 214(e).

70. Ce n'est pas l'opinion de tout le monde : cf. P. XAVIER, *Australia's Post-July 1997 Telecommunications Regulation in International Context, Telecommunications Policy*, Vol. 21, No. 6, pp. 533-551, p. 542 (1997) : « *The universal service provisions explicitly mandated in the US Telecommunications Act 1996 are uncommonly detailed...* ».

71. 47 U.S.C. Sect. 254(c)(1).

72. T.G. KRATTENMAKER, *Telecommunications Law and Policy*, 1997 – Supplement and Statutory Appendix, Durham (North Carolina), Carolina Academic Press, 1997, p. 13.

73. 47 U.S.C. Sect. 254(c)(2).

doit bien évidemment tenir compte des évolutions techniques en matière de télécommunications et des nouvelles technologies de l'information⁷⁴. Cela étant, le législateur se montre plus précis encore, ayant sans doute à l'esprit le souci de ne pas laisser le service universel devenir la plate-forme d'aspirations par trop extensives, potentiellement réalisables. Il y va sans doute aussi du souci de rassurer l'industrie américaine quant au financement du service universel. Dans leurs tâches respectives, la FCC et la Commission paritaire doivent se reporter à des principes prédéterminés pour décider de l'inclusion ou non de services nouveaux dans le service universel. Une fois qu'on aura dressé le tableau de ces principes (2.1.1), il nous reviendra d'examiner la première série de services qui ont été prévus pour jouir de soutien au nom du service universel des télécommunications (2.1.2).

2.1.1 Les principes de détermination du service universel

Quatre principes ont été arrêtés par le législateur américain pour enserrer la définition du service universel⁷⁵.

1. D'abord, il s'agit de tenir compte du caractère *essentiel* du service nouveau pour l'enseignement, la santé ou la sécurité publics. Outre l'incertitude fondamentale liée à cette appréciation (sur quelle base exacte se déterminera le caractère essentiel ou non du service ?), la question demeure de savoir si le caractère *essentiel* du service doit se mesurer en bénéfices directs ou peut inclure des bénéfices indirects. Prenons le cas de la télémédecine⁷⁶. D'après Susan Hadden, de l'Université d'Austin au Texas, une économie de 1 % de la facture totale du *Health Care* américain, découlant de la télémédecine aux États-Unis, compenserait largement les investissements nécessaires à son développement⁷⁷. Peut-on néanmoins revendiquer un service universel élargi sur cette base ? Il n'y a pas à proprement parler de bénéfice direct ou essentiel pour la santé publique. L'effet favorable s'exerce ailleurs...⁷⁸.

2. La FCC et la Commission paritaire auront aussi égard au fait qu'un service a été adopté (*subscribed*) par un nombre significatif d'utilisateurs résidentiels. Pour être tout à fait exact, le législateur considère qu'une *majorité substantielle* (*substantial majority*) de la clientèle résidentielle doit avoir adopté le nouveau service. La question reste de savoir ce qu'est exactement une *majorité substantielle* et quel est, au juste, le degré d'adoption requis (ne pas *souscrire* au transfert d'appel, mais en disposer dans un « panier » de services vaut-il adoption ?). Il reste aussi à déterminer

74. 47 U.S.C. Sect. 254(c)(1).

75. 47 U.S.C. Sect. 254(c)(1)(A)-(D).

76. La télémédecine consiste en la possibilité pour un médecin de consulter des spécialistes à distance ou d'accéder aux dossiers médicaux et aux radiographies.

77. S. HADDEN, *Technologies of Universal Service*, Institute for Information Studies (Ed.), *Annual Review, 1991 : Universal Telephone Service : Ready for the 21st. Century ?*, Nashville, TN, The Institute for Information Studies, pp. 53-92.

78. Cf. IT and Health Care. Bugs and Viruses, *The Economist*, 28 February 1998.

si l'on ne pourrait répartir les utilisateurs résidentiels en groupes plus ciblés, de manière à davantage refléter certains besoins ou pratiques catégorielles (sans que cela ne relève de l'enseignement, de la santé ou de la sécurité publics). À titre d'illustration, supposons qu'une majorité significative d'hispanophones d'un État utilise un service télématique de traduction automatique de l'anglais vers l'espagnol. On peut raisonnablement arguer, dans ce cas de figure, qu'il est légitime de les faire sortir de la masse globale des utilisateurs résidentiels pour en faire une catégorie à part, et ainsi les faire jouir tous de ce service nouveau.

Par ailleurs, il reste la question des situations qu'on pourrait sans doute qualifier de *négligées*. Prenons le cas hypothétique d'une fraction majoritaire de la population qui travaille hors-bureau⁷⁹. Peut-on considérer, au nom du service universel, que ce fait seul justifie l'octroi de numéros d'appel liés à la personne, et non plus au lieu ? À l'évidence, aucun service n'est adopté par qui que ce soit dans ce cas de figure. Néanmoins, d'aucuns ont bien soutenu que le service universel puisse conduire à pareille détermination⁸⁰. La *Telecommunications Act*, dans sa rédaction actuelle, ne permettrait pas d'inclure ce type de service dans le service universel⁸¹. Ce sont les choix commerciaux effectués par la clientèle – autrement dit, la demande – qui doivent guider en ce domaine. Dans ce cas, si une demande – majoritaire – est d'ores et déjà satisfaite, une intervention des pouvoirs publics se justifie-t-elle encore ? Le service universel est déjà – en quelque sorte – pourvu, ou en train de se développer ... spontanément.

3. Vient ensuite le fait que le service est fourni sur les réseaux de télécommunications publiques, par des *telecommunications carriers*. Ici vient une distinction importante par rapport à la situation régie par la loi de 1934. De fait, ce n'est plus l'expression *common carrier* qui prévaut, mais bien celle de *telecommunications carrier*. Quel est le sens de ce changement de terminologie et sa signification pour le service universel ? Pour répondre à cette question, il faut de nouveau porter son regard en arrière.

La notion de *common carrier* a des origines qui remontent au moyen âge⁸². De l'avis général, la définition qui en est donnée en 1934, dans la *Communications Act*, est tautologique et peu utile. Un *common carrier* se définit comme : « quiconque est

79. D'après la société *Motorola*, il existait déjà en 1993 plus de quarante millions d'Américains travaillant hors-bureau : cf. *The Economist*, 23 October 1993 (Survey, p. 1).

80. Pour Susan HADDEN, chaque individu pourrait recevoir un numéro d'appel à l'âge de 12 ans qui l'accompagnerait toute sa vie : *op. cit.* (note 77).

81. E.M. POPE donne un autre exemple en rapport avec le RNIS : cf. L.A. WROBEL et E.M. POPE, *Understanding Emerging Network Services, Pricing, and Regulation*, Boston – London, Artech House, 1995, p. 29.

82. E.M. NOAM, Will Universal Service and Common Carriage Survive the Telecommunications Act of 1996 ?, 97 *Columbia Law Journal*, 955, 964 (1997).

engagé comme *common carrier* offrant ses services »⁸³. Au demeurant, la jurisprudence américaine est émaillée de décisions où les juges sont appelés à se prononcer sur la reconnaissance ou non du statut de *common carrier*. La raison de cette pléthore vient de la circularité de la définition et du régime découlant de cette reconnaissance. Un *common carrier* ne peut en effet opérer de discrimination dans l'offre de ses services, ni pour les tarifs pratiqués, ni pour le choix de la clientèle⁸⁴. Il doit s'offrir à tous (« *hold oneself out* »), sans distinction⁸⁵. De fait, « ce qui paraît essentiel au caractère quasi public implicite dans le concept de *common carrier* est que le transporteur "s'engage à transporter pour tous indifféremment" »⁸⁶. À titre de comparaison, d'aucuns vont jusqu'à prétendre que : « le *Common Carriage* peut ainsi apparaître comme un succédané de la notion de service public aux États-Unis »⁸⁷.

Le problème est que les *common carriers* américains ont progressivement fait l'objet d'assauts répétés de la part des *private* ou *contract carriers* non soumis aux mêmes obligations (les cablo-opérateurs, les revendeurs de services, les sociétés offrant des services de satellite ou des services Internet...). Autrement dit, une asymétrie s'est installée entre *common carriers* et *private carriers* à mesure que les barrières techniques, jusque-là étanches, se sont effritées. Pour Eli Noam : « Cette forme d'érosion du *common carriage* est inévitable. L'unique moyen de la prévenir serait d'obliger les "*private carriers*" et les revendeurs à devenir des "*common carriers*", une exigence qui devrait s'étendre obligatoirement à la plupart des réseaux privés, aux prestataires de services améliorés, et aux intégrateurs de systèmes. Cette option ne paraît ni réalisable, ni souhaitable »⁸⁸.

La *Telecommunications Act* de 1996 n'évacue pas totalement la question de *common carrier*, mais elle opère un retrait significatif de la notion⁸⁹. De fait, c'est

83. Traduction personnelle. L'expression exacte se lit : « *any person engaged as a common carrier* ». Cf. 47 U.S.C. Sect. 153(h)(1994), 47 U.S.C.A. Sect. 153(10)(West Supp. 1997).

84. E.M. NOAM, Will Universal Service and Common Carriage Survive the Telecommunications Act of 1996 ?, *op. cit.* (note 82), p. 967.

85. D'après le juge fédéral WILKEY, « ... *to be a common carrier one must hold oneself out indiscriminately to the clientele one is suited to serve...* », in *National Association of Regulatory Utility Commissioners (NARUC) v. FCC*, 525 F. 2d 630, at 641 (1976).

86. *Ibid.* (traduction personnelle). La phrase exacte du juge se lit : « *What appears to be essential to the quasi-public character implicit in the common carrier concept is that the carrier "undertakes to carry for all people indifferently"* ».

87. L. RAPP, L'expérience américaine, *Actualité juridique – Droit administratif*, 20 juin 1997, spécial, pp. 159-164, p. 159.

88. E.M. NOAM, Will Universal Service and Common Carriage Survive the Telecommunications Act of 1996 ?, *op. cit.* (note 82), p. 970 (traduction personnelle). Le passage exact se lit : « *This kind of erosion of common carriage is unavoidable. The only way to prevent it might be to force private carriers and resellers to become common carriers, a requirement which would inevitably have to be extended to most private networks, enhanced service providers, and system integrators. This seems neither doable nor desirable* ».

89. On retrouve la notion de « *common carrier* » dans la définition de « *telecommunications carrier* » : « *A telecommunications carrier shall be treated as a common carrier under this Act only to the extent*

davantage la notion de *telecommunications carrier* qui reçoit l'éclairage du législateur. Celui-ci est défini comme « n'importe quel prestataire de services de télécommunications »⁹⁰ et les « services de télécommunications » s'entendent de « l'offre de télécommunications au public contre une somme d'argent »⁹¹.

Tous les *telecommunications carriers*, qui offrent des services de télécommunications interétatiques, sont appelés à contribuer aux mécanismes de soutien du service universel⁹², et seuls les *eligible telecommunications carriers* peuvent prétendre recevoir un soutien à ce titre⁹³. En somme, l'existence des *common carriers*, en tant que véhicules de la politique américaine des télécommunications, recule, au bénéfice de l'objectif de service universel. Reprenant Eli Noam, « *Common carriage is process oriented ; universal service is allocative* »⁹⁴.

Outre la notion de service universel qui est concernée par ce changement de terminologie, c'est le recours à la notion d'interconnexion qui permet de garantir les avantages incontestables de la notion de *common carriage*. Le tout est donc conséquent avec la philosophie qui sous-tend la *Telecommunications Act*, à savoir tenter de préserver les objectifs d'intérêt général tout en cherchant à promouvoir la concurrence.

4. Enfin, la FCC et la Commission paritaire doivent décider si le nouveau service est conforme à l'intérêt public, l'usage et la nécessité (*public interest, convenience, and necessity*). L'expression n'est pas nouvelle en droit américain. Depuis longtemps, elle est stigmatisée par la doctrine pour être trop imprécise, au point de ne revêtir aucun contenu⁹⁵. Mais cette imprécision manifeste n'est pas tout : plus grave, nous semble-t-il, est la délégation de pouvoirs que cette expression implique dans le chef de la FCC. Le Congrès américain n'est-il pas en train de se départir ici d'une de ses responsabilités fondamentales ? L'attitude de la Cour suprême des États-Unis, appelée à se prononcer sur cette question, n'est pas des plus claires. D'un côté, on

that it is engaged in providing telecommunications services... ». Cf. 47 U.S.C.A. Sect. 153(49). Tout comme la confusion entourant les notions de « *order* » et de « *rule* » en droit administratif américain (*infra*, note 107), on remarque beaucoup d'imprécision dans la terminologie des télécommunications.

90. 47 U.S.C.A. Sect. 153(49). Traduction personnelle. La phrase exacte se lit : « *The term "telecommunications carrier" means any provider of telecommunications services [...]* ».

91. 47 U.S.C.A. Sect. 153(51). Traduction personnelle. La phrase exacte se lit : « *The term "telecommunications service" means the offering of telecommunications for a fee directly to the public [...]* ».

92. Sous réserve d'une exception *de minimis* : cf. 47 U.S.C. Sect. 254(d).

93. 47 U.S.C. Sect. 254(e).

94. E.M. NOAM, *Will Universal Service and Common Carriage Survive the Telecommunications Act of 1996 ?*, *op. cit.* (note 82), p. 955.

95. G.O. ROBINSON, *The Federal Communications Act, An Essay on Origins and Regulatory Purpose*, in M.D. PAGLIN (Ed.), *A Legislative History of the Communications Act of 1934*, New York – Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 3-24, pp. 14 *et seq.*

remarque sous la plume du *Chief Justice* William Rehnquist une attaque en règle contre cette « *uncanalized delegation of legislative power* »⁹⁶. De l'autre côté, la Cour suprême évite soigneusement d'aborder la question de la délégation de pouvoirs de manière claire⁹⁷.

Quoi qu'il en soit, d'aucuns prétendent que les juridictions américaines exercent un contrôle avisé et continu des décisions arrêtées par les commissions indépendantes telle la FCC⁹⁸. Aussi, de telles délégations de pouvoirs ne devraient pas prêter à conséquences préjudiciables pour le citoyen. Pour le professeur (et juge) Posner : « Le choix ne s'opère pas entre régulation par une commission ou régulation par l'organe législatif – il faut considérer que cette dernière branche de l'alternative n'est pas réalisable. Le choix s'opère entre commissions et juridictions. Une juridiction est davantage à l'abri du contrôle politique qu'une commission. La garantie de stabilité attachée à de nombreux postes judiciaires, la compétence générale de la plupart des juridictions, le jeu procédural et l'absence de contrôle comptable annuel des juges, tous ces facteurs contribuent à rendre les juridictions davantage libres à l'égard des groupes de pression qui opèrent traditionnellement dans le processus législatif ; les juridictions sont mieux disposées à prendre des décisions comportant des orientations sociétales (*policy issues*), sur fondement d'efficience, que n'importe quelle autre institution – en particulier les commissions administratives – où ces facteurs sont absents ou atténués »⁹⁹.

Qui plus est, ajoute Richard Posner, les juges américains disposent d'une certaine légitimité démocratique (*some democratic legitimacy*)¹⁰⁰.

96. *Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Inst.*, 448 U.S. 607, 675 (Rehnquist, J., concurring).

97. Cf. D. SCHOENBROD, *The Delegation Doctrine : Could the Court Give It Substance ?*, 83 *Michigan Law Review* 1223 (1985). D'après l'auteur : « *The Court's failure to articulate and justify its approach is all the more apparent in cases where it has narrowed or struck down statutes on vagueness and other due process grounds rather than delegation* » (p. 1232).

98. Pour une discussion détaillée, cf. W.M. LANDES et R.A. POSNER, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 *J. Law & Economics* 875 (1975).

99. R.A. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, 5 *Bell Journal of Economics & Management Science* 335 (1974), p. 351 (traduction personnelle). Le passage exact se lit : « *The choice is not between agency and direct legislative regulation – the latter is assumed to be impracticable. The choice is between agency and court, and the court is more insulated from political control than the agency. The terminal characteristics of the judicial process, and the freedom of judges from close annual supervision by appropriations committees, all operate to make the courts freer from the interest group pressures operating through the legislative process, and more disposed to decide issues of policy on grounds of efficiency than any other institution of government – specifically the administrative agency, where these features are absent or attenuated* ».

100. R.A. POSNER, *Law and Legal Theory in the U.K. and U.S.A. (Clarendon Law Lectures)*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 34 : « *American judges are either elected or, in the case of federal judges, appointed by the President and confirmed by the Senate. Either way the judge has some democratic legitimacy, though it is indirect in the case of the appointed judges* » (nous qui soulignons). La

Tout cela suffit-il ? Rien n'est moins sûr. La Cour suprême des États-Unis, dans une affaire rendue en 1983, précise : « le fait qu'une loi ou procédure donnée rende plus efficiente, commode et utile l'exécution des tâches du gouvernement n'est pas, à soi seul, suffisant pour la justifier si elle est contraire à la Constitution. La commodité et l'efficacité ne sont pas les objectifs premiers – ou les critères – d'un gouvernement démocratique »¹⁰¹.

L'appréciation est lapidaire mais parfaitement juste. Qu'il s'agisse du travail de commissions indépendantes, ou bien de juridictions chargées de leur contrôle¹⁰², on peut se demander si un détournement des institutions ne marque pas l'évolution récente du droit public américain. En fait, il semble bien qu'une représentativité *très incertaine* se dégage dans ce qui constitue des choix de société aux États-Unis. Le problème est récurrent. Il est du reste fréquemment stigmatisé par ceux-là mêmes qui sont appelés à suppléer les carences du législateur. Un des hauts magistrats de la Cour suprême, Antonin Scalia, évoquait récemment cette question en rapport avec des sujets qui relèvent en dernier ressort de la juridiction à laquelle il siège¹⁰³. Ses remarques, visant spécifiquement des questions d'éthique, sont transposables à la matière qui nous intéresse : « Notre jugement ne devrait pas déterminer la réponse socialement désirable à toutes ces questions. Ce devrait être le jugement du Congrès, et nous faisons notre travail correctement lorsque nous sanctionnons ce que le Congrès a écrit de manière aussi élémentaire et honnête que possible »¹⁰⁴ (nous soulignons).

Le principe de *public interest, convenience, and necessity*, évalué par la FCC, n'est pas des plus heureux pour décider de l'inclusion ou non de services nouveaux dans le service universel. Il est à la fois vague (là où le législateur voulait enserrer la détermination présente et future du service universel) et contestable quant aux personnes habilitées à l'apprécier. Reste à déterminer comment la FCC et la Commission paritaire s'y sont prises, depuis l'adoption de la loi, pour donner forme concrète à ces différents principes.

dernière partie de la phrase (... *some democratic legitimacy ... though it is indirect ...*) est des plus vagues. Qui plus est, l'élection de juges américains est loin d'être généralisée.

101. *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919, 944 (1983) (traduction personnelle). Le passage exact se lit : « [T]he fact that a given law or procedure is efficient, convenient, and useful in facilitating functions of government, standing alone, will not save it if it is contrary to the Constitution. Convenience and efficiency are not the primary objectives – or the hallmarks – of democratic government... ».

102. Du reste, Posner lui-même n'est pas exempt de contradiction en ce qui concerne le rôle, la compétence et l'indépendance des juridictions américaines. Ainsi d'affirmer dans ses *Clarendon Law Lectures* : « Political judges are less trusted than technician judges – and rightly so. for they are, on average, less competent and less disinterested », in *Law and Legal Theory in the U.K. and U.S.A. (Clarendon Law Lectures)*, op. cit. (note 100), p. 35.

103. *The Washington Post*, 10 March 1998, p. A7.

104. Traduction personnelle. Le passage exact se lit : « It is not supposed to be our judgment as to what is the socially desirable answer to all of these questions. That's supposed to be the judgment of Congress, and we do our job correctly when we apply what Congress has written as basically and honestly as possible ».

2.1.2 La désignation des services compris dans le service universel

La FCC avait un mois seulement, à partir de la promulgation de la loi, pour mettre sur pied la Commission paritaire¹⁰⁵ et celle-ci devait, dans les neuf mois, communiquer ses recommandations à la FCC¹⁰⁶. Le tout devait aboutir à une *Order* de la FCC, transposant les recommandations de la Commission paritaire, avant le 8 mai 1997¹⁰⁷.

Les différentes parties à cette procédure administrative ont toutes respecté les délais qui leur étaient impartis : la *Order* est effectivement publiée le 8 mai 1997, soit 15 mois exactement après que le Président Clinton signe la loi¹⁰⁸. Nous y trouvons, enfin, quelques réponses aux nombreuses questions laissées ouvertes par le législateur. À ce stade-ci de notre examen, trois observations s'imposent.

1. La FCC désigne huit services qui doivent jouir de soutien au nom du service universel. Ces services comprennent :

- une ligne directe (*single-party service*) ;
- l'accès au réseau téléphonique commuté permettant le transport de la voix (*voice-grade access to the public switched network*) ;
- la signalisation à fréquences vocales (poste à clavier) ou son équivalent fonctionnel (*Dual Tone Multifrequency (DTMF) signaling (or its functional equivalent)*) ;
- l'accès aux services de secours (*access to emergency services*) ;
- l'accès aux services d'assistance (*access to operator services*) ;
- l'accès à des réseaux et services interopérables sur l'ensemble du territoire des États-Unis (*access to interexchange service*) ;
- l'accès à des services de renseignement (*access to directory assistance*) ;
- la possibilité de faire suspendre les communications longue distance (avec la fourniture ininterrompue des communications locales) pour certains

105. 47 U.S.C. Sect. 254(a)(1).

106. *Ibid.* La Commission paritaire devait en même temps entreprendre une vaste consultation populaire (*public notice and comment*). Ses recommandations se trouvent dans : Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No. 96-45, *Recommended Decision*, November 8, 1996, 12 FCC Red 1 (1997), pp. 87 *et seq.* ; 5 Communications Reg. (P&F), pp. 1 *et seq.*

107. Le mot « *order* » est trompeur en droit administratif américain. Une « *order* » consiste théoriquement en une décision qui s'applique à un individu pour des droits et obligations passées ou présentes. Cela étant, une « *order* » peut recouvrir un « *rule* », c'est-à-dire un acte d'application générale visant des comportements futurs. Les juridictions fédérales elles-mêmes ne sont pas exemptes de confusion dans ce débat : cf. *Gage v. United States Atomic Energy Commission*, 479 F. 2d 1214, 1218 (« ...orders which promulgate rules... »). Ici, lorsqu'il est question de « *order* », l'on doit entendre « *rule* ». Sur ces difficultés terminologiques, cf. G. CAPT, *Les procédures administratives en droit américain*, Genève, Librairie Droz, 1989, pp. 120-122.

108. In the Matter of Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No. 96-45, *Report and Order*, May 8, 1997, FCC 97-157, 62 FR 32862, 7 Communications Reg. (P&F), pp. 109 *et seq.*

consommateurs à faibles revenus (*toll limitation services for qualifying low-income consumers*)¹⁰⁹.

La liste est limitée, bien en retrait par rapport aux discours de 1993 (*supra*). En tout état de cause, ces services sont indiqués à titre fonctionnel, autrement dit, ils se doivent de respecter un principe de neutralité absolue et ne privilégier aucun opérateur ou technique particuliers (*Competitive Neutrality*)¹¹⁰. Ce principe de *Competitive Neutrality* a été ajouté, par la FCC elle-même, à la liste des principes spécifiés par le législateur, conformément à l'habilitation expresse prévue dans la loi¹¹¹. Au niveau de la *légistique*, on peut à nouveau s'étonner que le législateur n'assume pas toutes ses responsabilités. Au demeurant, le principe de *Competitive Neutrality* ne s'est pas imposé de lui-même comme en témoignent les débats qui se sont déroulés devant la Commission paritaire¹¹² et au sein de la FCC¹¹³. Fallait-il dans ces conditions laisser la détermination de ce principe (et d'autres à l'avenir) dans les mains de la FCC ? Paradoxalement, la FCC motive son adoption du principe, entre autres, par le silence du législateur¹¹⁴.

2. Les quatre principes de révision doivent être *considérés* ensemble, mais il n'est pas indispensable qu'un service particulier rencontre chacun de ces principes pour être inclus dans le service universel. L'important, ajoute la Commission, est que le service sous examen satisfasse l'intérêt général (*the public interest*)¹¹⁵. Outre le caractère contestable de pareille délégation de pouvoirs à la FCC, déjà évoqué, la question se pose de savoir si *considérer* signifie *inclure* ou *se conformer* à.

Pour la FCC, « *We interpret the statutory language, particularly the word "consider", as providing flexibility for the Commission to establish a definition of services to be supported, after it considers the criteria enumerated in section 254(c)(1)(A)-(D)* » (nous soulignons)¹¹⁶. En l'occurrence, la FCC a bien trouvé que les huit services désignés dans la *Order* du 8 mai 1997 rencontraient l'ensemble des critères¹¹⁷.

109. *Ibid.*, para. 61.

110. *Ibid.*, para. 46 et seq.

111. 47 U.S.C. Sect. 254(b)(7) : « *Such other principles as the Joint Board and the Commission determine are necessary and appropriate for the protection of the public interest, convenience, and necessity and are consistent with this Act* ».

112. Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No. 96-45, *Recommended Decision*, November 8, 1996, 12 FCC Rcd 1 (1997), para.16 et seq.

113. In the Matter of Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No. 96-45, *Report and Order*, May 8, 1997, *op. cit.*, para. 45 et seq.

114. *Ibid.*, para. 51.

115. *Ibid.*, para. 61.

116. *Ibid.*

117. *Ibid.*, in fine.

3. Une première révision de la liste de services arrêtée par la FCC est prévue pour le 1^{er} janvier 2001 au plus tard. Volontairement, aucune périodicité formelle et régulière n'est indiquée dans la *Order*¹¹⁸. L'important est que la FCC puisse convenir d'une révision à tout moment afin de répondre dans les meilleurs délais aux développements techniques intervenus dans le secteur des télécommunications. À ce titre, la Commission peut s'auto-saisir, ou répondre à une requête déposée par toute partie intéressée¹¹⁹. Il reste à déterminer ce qu'est exactement une « partie intéressée » (une association locale d'utilisateurs ?), et sur quelles données la FCC se fonde pour opérer une révision. Certes, il y a les paramètres mentionnés plus haut, mais il reste que la collecte de données – utiles et parlantes – pour jauger ces paramètres soulèvera vite des problèmes. Du reste, aucun *reporting requirement* n'est mis à la charge des *carriers*, de peur d'alourdir leur fonctionnement¹²⁰. Quant aux différents États fédérés, il sont *incités* seulement (*we encourage States*) à coopérer avec la Commission paritaire et la FCC¹²¹. Dans l'un et l'autre cas il existe, de toute manière, un problème aigu d'asymétrie d'information. Autrement dit, l'un ou l'autre acteur économique pourra être tenté de ne divulguer que les informations qu'il veut bien, lui permettant ainsi d'exploiter l'avantage au détriment du reste de la collectivité¹²². D'autres questions se posent encore : la FCC a-t-elle les moyens de forcer un État à coopérer ? La loi prévoit que la Commission peut user de sa faculté de *preemption*¹²³, mais pareille démarche est souvent contestée en droit américain. Elle est de toute façon complexe, longue et coûteuse. Quel contrôle juridictionnel en cas d'inaction de la part de la FCC ?

118. La loi est légèrement plus disserte en ce qui concerne la révision de « *advanced telecommunications capability* » (*infra*). Cf. 47 U.S.C. Sect. 706(b) : « *The Commission shall, within 30 months after the date of enactment of this Act, and regularly thereafter, initiate a notice of inquiry concerning the availability of advanced telecommunications capability to all Americans [...]* ». La notion de *advanced telecommunications capability* est explicitée dans la section qui suit : 47 U.S.C. Sect. 706(c).

119. In the Matter of Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No. 96-45, *Report and Order*, May 8, 1997, *op. cit.*, para. 104-106.

120. *Ibid.*, para. 107.

121. *Ibid.*, in fine.

122. Sur cette question dans le secteur des télécommunications, cf. A. VALLÉE, Le régulateur face à l'asymétrie d'information, *Communications & Stratégies*, n° 14, 2^e trimestre 1994, pp. 15-27 ; D.L. WEISMAN, Asymmetrical regulation. Principles for emerging competition in local service markets, *Telecommunications Policy*, 1994, 18(7), pp. 499-505.

123. 47 U.S.C. Sect. 253(d). La doctrine de *preemption* recouvre une technique fédérale américaine consistant à priver les États fédérés de tout pouvoir normatif lorsque l'État fédéral exerce une compétence concurrente. Cette doctrine se fonde sur l'article 6§2 de la Constitution américaine (*Supremacy Clause*). Sur la doctrine de *preemption* en droit des télécommunications, cf. E.M. NOAM, Federal and State Roles in Telecommunications : the Effects of Deregulation, 36 *Vanderbilt Law Review*, pp. 949-983, pp. 970-973 (1983) ; H. GELLER, Legal Issues in Preemption, in *American Regulatory Federalism and Telecommunications Infrastructure*, Edited by P. TESKE, Hillsdale (NJ), Lawrence Erlbaum Associates, Inc., 1995, pp. 113-123.

À l'évidence, l'intervention du législateur américain quant à l'objectif du service universel des télécommunications est loin d'avoir fourni toutes les réponses aux nombreuses questions que cette notion suscite. Il reste à déterminer si le législateur est plus explicite quant aux moyens prévus pour l'atteindre.

2.2 Les moyens prévus pour atteindre le service universel

D'emblée, la *Telecommunications Act* de 1996 précise que : « des services de qualité devraient être disponibles à des tarifs justes, raisonnables et abordables »¹²⁴. Immédiatement après, suit une disposition selon laquelle : l'« accès à des services de télécommunications et d'information avancés devrait être assuré dans toutes les régions de la nation »¹²⁵. Outre l'emploi dans les deux phrases du conditionnel (*should*), nous remarquons une nuance par rapport à ce que l'on pouvait lire dans la *Hollings Bill*, évoquée plus haut. Nous précisons en effet que la proposition de loi se référerait aux consommateurs pris dans leur globalité, à toutes les personnes (... *ensure that every person...*), et à chaque individu (... *protect each individual's right...*)¹²⁶. Dans un premier temps, la *Telecommunications Act* ne vise personne de spécifique.

Par la suite, la *Telecommunications Act* évoque les « consommateurs dans toutes les régions de la nation »¹²⁷. Ceux-ci comprennent les consommateurs à faibles revenus et ceux établis dans les zones rurales, isolées ou à coût élevé¹²⁸. Le législateur ajoute que ces consommateurs *devraient* avoir accès à un niveau de services de télécommunications et d'informations raisonnablement comparable à celui fourni dans les zones urbaines, et ce, à des tarifs raisonnablement comparables¹²⁹.

Là où une certaine confusion s'insère dans le débat, c'est lorsqu'il est question, parmi les services de télécommunications et d'informations *accessibles* à ces consommateurs, de services de télécommunications et d'informations *avancés*¹³⁰. En l'occurrence, la distinction est importante :

- un *service de télécommunications*, avons-nous vu, s'entend de « l'offre de télécommunications au public contre une somme d'argent »¹³¹ (la notion de « télécommunications » se définissant comme « la transmission entre — ou parmi — des points désignés par l'utilisateur d'informations choisies par ce dernier, sans

124. 47 U.S.C. Sect. 254(b)(1).

125. 47 U.S.C. Sect. 254(b)(2).

126. *Supra*.

127. 47 U.S.C. Sect. 254(b)(3). Il n'est jamais question que de « consumers » ou de « customers ».

128. 47 U.S.C. Sect. 254(b)(3).

129. *Ibid.*

130. *Ibid.*

131. 47 U.S.C.A. Sect. 153(51). Traduction personnelle. La phrase exacte se lit : « *The term "telecommunications service" means the offering of telecommunications for a fee directly to the public [...]* ».

qu'il n'y ait de modification dans la forme ou dans le contenu de l'information reçue ou envoyée »¹³²). Nous avons vu plus haut comment la FCC et la Commission paritaire étaient chargées de déterminer la liste de services habilités à recevoir un soutien au titre du service universel ;

- lorsqu'il est question de *services de télécommunications et d'informations avancés*, il est davantage question de « *high-speed, switched, broadband telecommunications capability that enables users to originate and receive high-quality voice, data, graphics, and video telecommunications using any technology* »¹³³.

Sans doute le législateur américain a-t-il voulu se garder de clarifier cette question dans la mesure où il s'offrirait facilement un visage populaire, tout en se préservant d'un engagement par trop contraignant (puisque c'est le *should* qui s'emploie).

Concrètement les moyens prévus par la *Telecommunications Act* pour atteindre le service universel concernent quatre catégories d'utilisateurs.

1. D'abord, ils concernent les consommateurs à faibles revenus (*Low-Income Consumers*). Le législateur américain n'opère pas d'innovation fondamentale et ne bouleverse pas les mécanismes existants en ce qui concerne le soutien aux consommateurs à faibles revenus. Depuis le milieu des années quatre-vingt, il existe déjà deux programmes prévus à cet effet : « *Lifeline Assistance* » (*Lifeline*)¹³⁴ et « *Lifeline Connection Assistance* » (*Link-Up*)¹³⁵. Le premier programme vise à réduire le coût de la redevance téléphonique mensuelle (le soutien pouvant aller jusqu'à \$10.50, la somme étant partagée entre le gouvernement fédéral et les États). Le deuxième programme se constitue grâce à un soutien fédéral pour les frais de raccordement au réseau (allant jusqu'à la moitié du coût total). En fait, les innovations principales de la *Order* du 8 mai 1997 concernent une généralisation du programme *Lifeline* à l'ensemble du territoire américain (seuls, jusqu'à présent, 41 États y participaient), et une détermination détaillée des services devant jouir du soutien *Lifeline* (jusqu'à présent, ils n'étaient pas précisés¹³⁶). Parmi les services

132. 47 U.S.C.A. Sect. 153(48). Traduction personnelle. La phrase exacte se lit : « *The term "telecommunications" means the transmission, between or among points specified by the user, of information of the user's choosing, without change in the form or in the content of the information as sent or received* ».

133. Cf. la définition de « *advanced telecommunications capability* » : 47 U.S.C. Sect. 706.

134. MTS and WATS Market Structure, CC Docket 78-72 and 80-286, Final Rule, FCC 85-643, January 13, 1986, amending 47 C.F.R. Part 69 [47 C.F.R. para. 69.117].

135. Common Carrier Services, Subscriber Line Charge, High Cost Assistance, Lifeline Assistance, and Common Line Pooling Modifications, Decision and Order Adopting Final Rule, CC Docket No. 78-72 & 80-286, FCC 87-133, 52 FR 21536 (June 8, 1987).

136. In the Matter of Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No. 96-45, *Report and Order*, May 8, 1997, *op. cit.*, para. 384.

détaillés se trouve celui de « *toll limitation service* », consistant en la coupure des communications longue distance lorsqu'un montant préétabli est dépassé, avec pour contrepartie obligée la préservation ininterrompue des communications locales¹³⁷. Afin de maintenir le principe de *Competitive Neutrality* dans l'administration de ces deux programmes, tout fournisseur de services interétatiques est appelé à contribuer au financement des programmes, et plus seulement certains *interexchange carriers*¹³⁸.

2. Naturellement, les consommateurs établis dans les zones rurales, isolées ou à coût élevé (*Consumers in Rural, Insular, and High-Cost Areas*) sont concernés par les mécanismes de soutien au service universel. À cet effet, la FCC a déterminé un système de distribution pour tous les « *eligible carriers* », lequel doit être alimenté par les revenus *interétatiques* des « *interstate carriers* » (et non par leurs revenus *intraétatiques*)¹³⁹.

Pour l'heure, il serait prématuré de développer dans le détail les caractéristiques de ce système au vu des vives contestations auxquelles sa présentation dans la *Order* du 8 mai 1997 a donné lieu. De fait, de nombreux États américains ont vu des inégalités criantes dans le partage des responsabilités pour le soutien du service universel, considérant leur charge bien trop lourde. Une audition publique (*en-banc hearing*) sur ce sujet délicat a réuni les commissaires de la FCC et certains représentants de commissions étatiques le 6 mars 1998. D'ores et déjà, la FCC s'est engagée à revoir le système de fond en comble dans le rapport qu'elle a présenté au Congrès américain le 10 avril 1998¹⁴⁰.

3. Les institutions qui prodiguent des soins de santé (*Health Care Providers*) reçoivent une attention particulière dans la *Telecommunications Act*¹⁴¹. Du reste, pour aider la FCC dans sa tâche d'explicitation de cette question, un comité spécial a été institué le 12 juin 1996 (*Advisory Committee on Telecommunications and Health Care*). Deux remarques se dégagent des conclusions arrêtées dans la *Order* du 8 mai 1997.

D'abord, la FCC ne veut pas s'immiscer dans la détermination précise des services devant jouir de soutien, estimant que les *Health Care Providers* sont mieux

137. *Ibid.*, para. 384 *et seq.*

138. *Ibid.*, para. 364.

139. *Ibid.*, para. 831.

140. In the Matter of Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No. 96-45, *Report to Congress*, April 10, 1998 : « ... we also commit to a reexamination of the issues regarding the respective federal and state responsibilities for maintaining and advancing universal service goals, including a full consideration of the specific alternatives to the Commission's decisions last May that parties have placed in the record before us » (para. 5).

141. Le soutien vise « *any public or nonprofit health care provider that serves persons who reside in rural areas* ». Cf. 47 U.S.C. Sect. 254(h)(1)(A). Le terme de « *Health Care Provider* » est défini à 47 U.S.C. Sect. 254(h)(5)(B).

à même de décider de cette question¹⁴². Aussi, la Commission conclut *inter alia* que tout *Health Care Provider* doit jouir d'une largeur de bande de 1.544 Mbps et bénéficier d'un soutien, à cet effet, au titre du service universel. Ensuite, la FCC ajoute qu'elle soutient « *limited toll charges incurred by health care providers that cannot obtain toll-free access to an Internet service provider* »¹⁴³. La FCC est consciente du fait que, « la manière la plus efficace et la moins coûteuse de fournir la plupart des services de télémédecine passe par l'Internet »¹⁴⁴.

En tout état de cause, un plafond pour le soutien des *Health Care Providers* est fixé à 400 millions de dollars l'an¹⁴⁵.

4. Enfin, les écoles et les bibliothèques américaines (*Schools and Libraries*) sont habilitées à recevoir des avantages au titre du service universel¹⁴⁶. Sans doute l'une des plus importantes innovations de la *Telecommunications Act*, l'octroi de ces avantages couvre aussi bien les besoins en services de télécommunications, que l'accès à l'Internet, ou bien encore l'installation de réseaux internes. Du reste, dans un souci d'opérer une répartition équitable des fonds disponibles, une matrice a été développée sur base du nombre des élèves inscrits dans les « *school lunch programs* ». À titre d'illustration, une école sise dans une zone urbaine comportant un pourcentage d'élèves, inscrits dans les « *lunch programs* », inférieur à 1 %, serait habilitée à recevoir une réduction sur ces services de 20 %. En revanche, une école sise dans une zone rurale comportant un pourcentage d'élèves inscrits dans ces programmes de 75 %, serait habilitée à recevoir une réduction sur ces services de 90 %¹⁴⁷.

Pour l'heure, un plafond pour le soutien des écoles et des bibliothèques est fixé à 2.25 milliards de dollars l'an¹⁴⁸.

Les moyens prévus pour atteindre le service universel peuvent être examinés sous différentes facettes. Ici, l'on a voulu privilégier les moyens, pris sous l'angle de bénéficiaires déterminés du service universel : la *Telecommunications Act* elle-même consacre l'essentiel de son attention à cette question particulière. Il reste que les mécanismes spécifiques d'administration du service universel, le caractère éligible des *carriers* appelés à participer à son financement, les exemptions et les bases choisies pour la fixation des différentes contributions pourraient également faire l'objet de développements substantiels. En l'occurrence, ils ont seulement été évoqués à l'occasion car, dans bien des cas, ils sont toujours en train de prendre forme

142. In the Matter of Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No. 96-45, *Report and Order*, May 8, 1997, *op. cit.*, para. 623.

143. *Ibid.*, para. 631.

144. *Ibid.*, para. 630 (traduction personnelle).

145. *Ibid.*, para. 704 *et seq.*

146. *Ibid.*, para. 424 *et seq.*

147. *Ibid.*, para. 519.

148. *Ibid.*, para. 529.

et échappent pour l'heure à une analyse satisfaisante. Ainsi, c'est seulement depuis le 18 juillet 1997 qu'existent les personnes morales chargées d'administrer les mécanismes de financement du service universel : la *Universal Service Administrative Company* (USAC), la *Rural Health Care Corporation* (RHCC), et la *Schools and Libraries Corporation* (SLC). Les administrateurs de ces différentes institutions ont été nommés au mois de septembre de l'année écoulée, et d'ores et déjà leur avenir paraît incertain : le *General Accounting Office* (GAO) et l'un des commissaires de la FCC, Harold Furchtgott-Roth, considèrent que la Commission a violé son mandat en mettant en place la RHCC et la SLC¹⁴⁹. Des pans entiers de la loi de 1996, en ce compris les développements consacrés au service universel dans les écoles et les bibliothèques, font l'objet de recours en illégalité, voire d'inconstitutionnalité¹⁵⁰. Le Congrès lui-même n'est pas en reste : des membres influents – républicains et démocrates – s'insurgent de la mise en œuvre « imprudente » de la loi et appellent à une trêve dans toute évolution à venir¹⁵¹.

Ainsi, des questions essentielles paraissent marquées par un avenir incertain, d'importants retards et des confusions manifestes¹⁵². Toujours d'après le commissaire Furchtgott-Roth, les nouveaux programmes de service universel devraient être tout simplement interrompus. À peine commencés, ils lui paraissent voués à l'échec, à la fois sur les plans juridique, économique et sociétair. Tout en reconnaissant qu'on n'en est qu'à une étape préliminaire dans l'évolution du service universel, le commissaire ajoute dans une formule sèche : « [I] believe that, with regard to universal service, the Commission continues down a path that cannot be sustained ».

149. In the Matter of Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No. 96-45, *Report to Congress*, April 10, 1998 (*supra*, note 139). On peut lire dans la *Dissenting Statement* du commissaire Furchtgott-Roth, joint au rapport de la FCC au Congrès : « GAO concluded that the Commission lacked the statutory authority to create these corporations ... » (p. 143).

150. Cf. par ex. un arrêt rendu par la *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* (n° 97-60421) le 30 juillet 1999, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <<http://caselaw.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=5th&navby=case&no=9760421CV0>>. Les parties disposent de 90 jours pour former un pourvoi devant la Cour suprême des États-Unis (*petition for a writ of certiorari*), soit jusqu'au 28 octobre 1999 : cf. règle n° 13 du règlement de procédure de la Cour suprême des États-Unis (*Rules of the Supreme Court of the United States*), adopté le 29 juillet 1995 (entré en vigueur le 2 octobre 1995).

151. Dans une lettre du 19 mai 1999, adressée au directeur de la FCC (*Chairman Kennard*), les parlementaires américains considèrent que : « the FCC's reckless implementation of this program [schools and libraries program] could ultimately cause chaos for our nation's schools and libraries. Such carelessness is evidenced by several GAO findings questioning the FCC's authority and pending court challenges highlighting the FCC's overly broad reading of the Telecommunications Act ». La lettre est disponible sur Internet à l'adresse suivante : <<http://freedom.house.gov/library/goretax/fccletter2.asp>>.

152. Cf. Proposed Second Quarter 1998 Universal Service Contribution Factors Announced, CC Docket No. 96-45, February 27, 1998. *Separate Statement* of Commissioner Harold Furchtgott-Roth. Cf. aussi son *Dissenting Statement* joint au rapport de la FCC au Congrès (*supra*, note 139).

CONCLUSIONS

La notion de *universal service*, telle qu'elle s'est développée aux États-Unis, est-elle appelée à devenir sans intérêt, à peine née, *victime* du libre jeu des forces du marché qui pourvoieraient seules aux besoins de la société américaine ? S'agit-il seulement d'une formule rhétorique – *made in the U.S.A.* – comparable à l'image d'Épinal de la « poule au pot » d'Henri IV, chaque foyer devant recevoir son « dû » ? À ces questions, il est impossible d'apporter de réponses définitives pour l'instant : « *Prophecies in telecommunications are as treacherous as they are foolish* »¹⁵³.

Du reste, d'un point de vue purement conceptuel, on aurait peine à s'aventurer dans des prédictions. Combien de fois n'a-t-on enterré le concept de *service public*, pourtant mythe fondateur du droit public français et belge, pour le voir ressusciter aussitôt ?

Au terme de notre tour d'horizon du service universel des télécommunications aux États-Unis, deux observations s'imposent.

1. Les avancées en matière de technologies de l'information et des communications continuent à un rythme inexorable. Pour preuve, la possibilité aujourd'hui d'utiliser le réseau Internet pour les communications téléphoniques. Le service est déjà offert aux États-Unis et en France¹⁵⁴. On peut du reste se demander si les prestataires de ce nouveau service ne devraient pas être assujettis au financement du service universel, au même titre que les opérateurs de télécommunications classiques : pour l'instant, tant la loi américaine que la loi européenne sont muettes à ce sujet¹⁵⁵.

Autre nouveauté technique récente : la possibilité d'utiliser les lignes d'alimentation électrique domestiques pour la transmission de données et l'accès à Internet. Si cette technique était généralisée, elle aurait des avantages d'importance considérable : d'abord, ces lignes seraient capables de fournir un débit beaucoup plus important que les lignes téléphoniques classiques, c'est-à-dire jusqu'à 1 Mbps¹⁵⁶ ; ensuite, l'utilisateur pourrait rester connecté en permanence, sans devoir payer de

153. J. CHEN, *The Legal Process and Political Economy of Telecommunications Reform*, 97 *Columbia Law Review*, 835, 873 (1997).

154. Les institutions européennes se sont déjà penchées sur la question : cf. Statut des communications vocales sur Internet en droit communautaire, notamment au regard de la directive 90/388/CEE (98/C 6/04), *J.O.C.E.*, n° C 6 du 10 janvier 1998. Cf. aussi E. LAUNET, *Téléphone : le Net inquiète l'État*, *Libération*, 6 novembre 1997 ; M. ALBERGANTI, *La téléphonie sur Internet reçoit la bénédiction de France Télécom*, *Le Monde*, 19 mai 1998 ; S. YOUNG, *Internet Telecom Lures Investors to Small Firms*, *The Wall Street Journal*, 19 May 1998.

155. La question est traitée en détail dans le rapport de la FCC au Congrès du 10 avril 1998 : *supra*, note 140.

156. Le réseau téléphonique commuté connaît un débit bas, entre 1200 et 14.400 b/s ; le réseau numérique à intégration de services (RNIS), du type Numéris offert par France Télécom, connaît un débit par canal de 64 Kb/s.

communication locale ; enfin, les lignes électriques desservent une population plus importante que les lignes téléphoniques, notamment dans les pays en voie de développement¹⁵⁷.

Il est évident que ces avancées techniques comportent des conséquences considérables sur les plans sociétaire, industriel et sur celui de la réglementation. Est-ce que la *Telecommunications Act* adresse ces défis de manière adéquate ? Certes, il existe des mécanismes de révision du service universel, mais d'ores et déjà ces mécanismes paraissent confus, *ad hoc*, et potentiellement captifs d'intérêts particuliers¹⁵⁸. Sans doute faudrait-il attendre quelques années avant de porter un jugement définitif sur la question.

2. Surtout, il nous paraît regrettable que le législateur américain ne se soit pas davantage immiscé dans le débat sur le service universel. Nous avons vu que l'expression ne figure pas dans la *Communications Act* de 1934. Si elle est enfin consacrée dans la *Telecommunications Act* de 1996, c'est au prix de raccourcis et de délégations à la FCC, faute, semble-t-il, pour les membres du Congrès américain de trouver un terrain d'entente sur ces questions. Les objectifs poursuivis par le législateur étaient trop nombreux, difficiles à concilier, et en même temps, la réforme était indispensable depuis longtemps déjà.

Et pourtant, le débat sur le service universel méritait une place de choix ! En 1993, le secteur de l'*information technology*, en ce compris l'informatique et les télécommunications, représentait plus de 9 % du PNB américain¹⁵⁹. Aujourd'hui, on considère qu'il constitue la première industrie américaine, avant le secteur du bâtiment et des travaux publics (le BTP), l'agro-alimentaire, et l'industrie automobile¹⁶⁰. Cela étant, le pays connaît également une paupérisation croissante d'une partie de la société, en ce notamment les populations noire et hispanophone. Pour s'en tenir au seul taux de pénétration téléphonique, moins de 67 % des ménages de ces

157. G. NAIK, New Technology for Telephones, Net Would Use Electric Outlets, *The Wall Street Journal*, 7 October 1997 ; G. NAIK, Internet Technology Could Lower Costs, *The Wall Street Journal*, 9 October 1997 ; A. CRANE, Data may be sent down power cables, *The Financial Times*, 9 October 1997 ; G. NAIK, Utilities to Test Providing Internet Over Power Lines, *The Wall Street Journal*, 25 March 1998, G. NAIK, Electricity Providers Plan to Offer Internet Access, *The Wall Street Journal*, 26 March 1998.

158. Sur cette question, de façon générale, dans la réglementation américaine, cf. J.R. REIDENBERG, Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace, 45 *Emory Law Journal*, pp. 911-930 (1996).

159. Cf. Economic Benefits of the Administration's Legislative Proposals, Executive Office of the President, Council of Economic Advisors, 14 June 1994, p. 9. Du reste, les chiffres sur ces questions sont extrêmement variés. D'après Reed E. HUNDT, dans un de ses derniers discours en tant que *Chairman* de la FCC, le secteur de l'*information technology* comprend un septième de l'économie américaine : cf. From Buenos Aires to Geneva and Beyond, discours prononcé le 22 octobre 1997 devant le *World Affairs Council*, Philadelphie (PA), <<http://www.fcc.gov/Speeches/Hundt/spreh759.html>>.

160. D'après une étude du Département du Commerce américain : cf. *New York Times*, 18 November 1997.

deux populations disposent du téléphone en mars 1995¹⁶¹. La pauvreté touche aujourd'hui plus de 36 millions d'Américains, dont 21,5 % des enfants. En dépit de certains discours lénifiants, l'écart entre les « *haves* » et les « *have-nots* » se creuse aux États-Unis¹⁶².

Dans ces conditions, le Congrès américain n'a-t-il pas raté le coche ? D'ores et déjà, l'on considère, au sein même du *House Judiciary Committee*, que certaines dispositions de la loi sont contraires à la Constitution, faute pour le Congrès d'avoir pleinement assumé son rôle¹⁶³. De façon générale, un débat sur la délégation de pouvoirs s'est enclenché aux États-Unis, alors qu'on disait ce débat moribond il y a une quinzaine d'années seulement¹⁶⁴.

Le service universel constitue une notion exigeante à plus d'un titre. Esquiver les questions à bon compte ne fait qu'amplifier les problèmes que ce sujet sociétaire, comme tout autre, recèle naturellement. En l'occurrence, qu'il s'agisse des États-Unis ou d'ailleurs, le service universel demande que soit engagé un débat démocratique poussé jusque dans ses retranchements : tous sont concernés par sa définition précise, son financement, son contrôle et son éventuel régime juridique. Si la notion de service universel entend revêtir une connotation sociale et donner une impulsion réelle au partage de services, actuellement en pleine explosion, il importe que le débat dépasse la sphère administrative, technique et économique, pour prendre un virage politique et culturel. Alors seulement pourra-t-on se mettre d'accord sur des objectifs clairs, et les moyens concrets de les atteindre. Faute pour ce débat – difficile – d'avoir lieu, les malentendus perdureront. Tous risquent d'en ressentir une déception amère, les uns pour être entraînés dans des voies jugées par trop contraignantes, les autres pour avoir eu des espoirs trop élevés.

161. J. Mc CONNAUGHEY, Access to the Information Highway, hand-out, p. 3.

162. L. ZECCHINI, Prospérité et inégalités américaines, *Le Monde*, 31 octobre 1997. En tout état de cause, on peut s'interroger sur les méthodes statistiques employées aux États-Unis. Celles-ci comporteraient de nombreux oublis, lourds de conséquences. Cf. S. KAUFFMANN, Les pauvres, grands oubliés du recensement américain, *Le Monde*, 27 août 1998. Il existe une littérature abondante sur le problème des inégalités engendrées par l'introduction des nouvelles technologies de l'information. Voir notamment R. CIVILLE, The Internet and the Poor, in B. KAHIN (Ed.) *et al.*, *Public Access to the Internet*, Cambridge (MA), MIT Press, 1995, pp. 175-207. Cf. aussi : BENTON Foundation, Losing Ground Bit by Bit : Low-Income Communities in the Information Age, Washington D.C., June 1998, <<http://www.benton.org>>.

163. Cf. Proposed Second Quarter 1998 Universal Service Contribution Factors Announced, CC Docket No. 96-45, February 27, 1998. Separate Statement of Commissioner Harold Furchtgott-Roth, *op. cit.*

164. V. notamment les actes d'un colloque paru dans la *Cardozo Law Review* en janvier 1999. On lira avec un intérêt particulier le point de vue de D. SCHOENBROD, Delegation and Democracy : A Reply to my Critics, 20 *Cardozo L. Rev.* 731 (1999), l'auteur considérant que : « *[w]e now have war, regulation, and taxation without representation* » (at 735).

**Annexe – Communications Act of 1934 (amendé)
(extrait)**

SEC. 254. [47 U.S.C. 254] UNIVERSAL SERVICE.

- (a) PROCEDURES TO REVIEW UNIVERSAL SERVICE REQUIREMENTS.
- (1) FEDERAL-STATE JOINT BOARD ON UNIVERSAL SERVICE. – Within one month after the date of enactment of the Telecommunications Act of 1996, the Commission shall institute and refer to a Federal-State Joint Board under section 410(c) a proceeding to recommend changes to any of its regulations in order to implement sections 214(e) and this section, including the definition of the services that are supported by Federal universal service support mechanisms and a specific timetable for completion of such recommendations. In addition to the members of the Joint Board required under section 410(c), one member of such Joint Board shall be a State-appointed utility consumer advocate nominated by a national organization of State utility consumer advocates. The Joint Board shall, after notice and opportunity for public comment, make its recommendations to the Commission 9 months after the date of enactment of the Telecommunications Act of 1996.
- (2) COMMISSION ACTION. – The Commission shall initiate a single proceeding to implement the recommendations from the Joint Board required by paragraph (1) and shall complete such proceeding within 15 months after the date of enactment of the Telecommunications Act of 1996. The rules established by such proceeding shall include a definition of the services that are supported by Federal universal service support mechanisms and a specific timetable for implementation. Thereafter, the Commission shall complete any proceeding to implement subsequent recommendations from any Joint Board on universal service within one year after receiving such recommendations.
- (b) UNIVERSAL SERVICE PRINCIPLES. – The Joint Board and the Commission shall base policies for the preservation and advancement of universal service on the following principles :
- (1) QUALITY AND RATES. – Quality services should be available at just, reasonable, and affordable rates.
- (2) ACCESS TO ADVANCED SERVICES. – Access to advanced telecommunications and information services should be provided in all regions of the Nation.
- (3) ACCESS IN RURAL AND HIGH COST AREAS. – Consumers in all regions of the Nation, including low-income consumers and those in rural, insular, and high cost areas, should have access to telecommunications and information services, including interexchange services and advanced telecommunications and information services, that are reasonably comparable to those services provided in urban areas and that are available at rates that are reasonably comparable to rates charged for similar services in urban areas.
- (4) EQUITABLE AND NONDISCRIMINATORY CONTRIBUTIONS. – All providers of telecommunications services should make an equitable and nondiscriminatory contribution to the preservation and advancement of universal service.
- (5) SPECIFIC AND PREDICTABLE SUPPORT MECHANISMS. – There should be specific, predictable and sufficient Federal and State mechanisms to preserve and advance universal service.

- (6) ACCESS TO ADVANCED TELECOMMUNICATIONS SERVICES FOR SCHOOLS, HEALTH CARE, AND LIBRARIES. – Elementary and secondary schools and classrooms, health care providers, and libraries should have access to advanced telecommunications services as described in subsection (h).
- (7) ADDITIONAL PRINCIPLES. – Such other principles as the Joint Board and the Commission determine are necessary and appropriate for the protection of the public interest, convenience, and necessity and are consistent with this Act.
- (c) DEFINITION.
- (1) IN GENERAL. – Universal service is an evolving level of telecommunications services that the Commission shall establish periodically under this section, taking into account advances in telecommunications and information technologies and services. The Joint Board in recommending, and the Commission in establishing, the definition of the services that are supported by Federal universal service support mechanisms shall consider the extent to which such telecommunications services –
- (A) are essential to education, public health, or public safety ;
- (B) have, through the operation of market choices by customers, been subscribed to by a substantial majority of residential customers ;
- (C) are being deployed in public telecommunications networks by telecommunications carriers ; and
- (D) are consistent with the public interest, convenience, and necessity.
- (2) ALTERATIONS AND MODIFICATIONS. – The Joint Board may, from time to time, recommend to the Commission modifications in the definition of the services that are supported by Federal universal service support mechanisms.
- (3) SPECIAL SERVICES. – In addition to the services included in the definition of universal service under paragraph (1), the Commission may designate additional services for such support mechanisms for schools, libraries, and health care providers for the purposes of subsection (h).
- (d) TELECOMMUNICATIONS CARRIER CONTRIBUTION. – Every telecommunications carrier that provides interstate telecommunications services shall contribute, on an equitable and nondiscriminatory basis, to the specific, predictable, and sufficient mechanisms established by the Commission to preserve and advance universal service. The Commission may exempt a carrier or class of carriers from this requirement if the carrier's telecommunications activities are limited to such an extent that the level of such carrier's contribution to the preservation and advancement of universal service would be de minimis. Any other provider of interstate telecommunications may be required to contribute to the preservation and advancement of universal service if the public interest so requires.
- (e) UNIVERSAL SERVICE SUPPORT. – After the date on which Commission regulations implementing this section take effect, only an eligible telecommunications carrier designated under section 214(e) shall be eligible to receive specific Federal universal service support. A carrier that receives such support shall use that support only for the provision, maintenance, and upgrading of facilities and services for which the support is intended. Any such support should be explicit and sufficient to achieve the purposes of this section.
- (f) STATE AUTHORITY. – A State may adopt regulations not inconsistent with the Commission's rules to preserve and advance universal service. Every

telecommunications carrier that provides intrastate telecommunications services shall contribute, on an equitable and nondiscriminatory basis, in a manner determined by the State to the preservation and advancement of universal service in that State. A State may adopt regulations to provide for additional definitions and standards to preserve and advance universal service within that State only to the extent that such regulations adopt additional specific, predictable, and sufficient mechanisms to support such definitions or standards that do not rely on or burden Federal universal service support mechanisms.

(g) **INTEREXCHANGE AND INTERSTATE SERVICES.** – Within 6 months after the date of enactment of the Telecommunications Act of 1996, the Commission shall adopt rules to require that the rates charged by providers of interexchange telecommunications services to subscribers in rural and high cost areas shall be no higher than the rates charged by each such provider to its subscribers in urban areas. Such rules shall also require that a provider of interstate interexchange telecommunications services shall provide such services to its subscribers in each State at rates no higher than the rates charged to its subscribers in any other State.

(h) **TELECOMMUNICATIONS SERVICES FOR CERTAIN PROVIDERS.**

(1) **IN GENERAL.**

(A) **HEALTH CARE PROVIDERS FOR RURAL AREAS.** – A telecommunications carrier shall, upon receiving a bona fide request, provide telecommunications services which are necessary for the provision of health care services in a State, including instruction relating to such services, to any public or nonprofit health care provider that serves persons who reside in rural areas in that State at rates that are reasonably comparable to rates charged for similar services in urban areas in that State. A telecommunications carrier providing service under this paragraph shall be entitled to have an amount equal to the difference, if any, between the rates for services provided to health care providers for rural areas in a State and the rates for similar services provided to other customers in comparable rural areas in that State treated as a service obligation as a part of its obligation to participate in the mechanisms to preserve and advance universal service.

(B) **EDUCATIONAL PROVIDERS AND LIBRARIES.** – All telecommunications carriers serving a geographic area shall, upon a bona fide request for any of its services that are within the definition of universal service under subsection (c)(3), provide such services to elementary schools, secondary schools, and libraries for educational purposes at rates less than the amounts charged for similar services to other parties. The discount shall be an amount that the Commission, with respect to interstate services, and the States, with respect to intrastate services, determine is appropriate and necessary to ensure affordable access to and use of such services by such entities. A telecommunications carrier providing service under this paragraph shall –

- (i) have an amount equal to the amount of the discount treated as an offset to its obligation to contribute to the mechanisms to preserve and advance universal service, or
- (ii) notwithstanding the provisions of subsection (e) of this section, receive reimbursement utilizing the support mechanisms to preserve and advance universal service.

(2) **ADVANCED SERVICES.** – The Commission shall establish competitively neutral rules –

- (A) to enhance, to the extent technically feasible and economically reasonable, access to advanced telecommunications and information services for all public and nonprofit elementary and secondary school classrooms, health care providers, and libraries ; and
- (B) to define the circumstances under which a telecommunications carrier may be required to connect its network to such public institutional telecommunications users.

(3) **TERMS AND CONDITIONS.** – Telecommunications services and network capacity provided to a public institutional telecommunications user under this subsection may not be sold, resold, or otherwise transferred by such user in consideration for money or any other thing of value.

(4) **ELIGIBILITY OF USERS.** – No entity listed in this subsection shall be entitled to preferential rates or treatment as required by this subsection, if such entity operates as a for-profit business, is a school described in paragraph (5)(A) with an endowment of more than \$50,000,000, or is a library not eligible for participation in State-based plans for funds under title III of the Library Services and Construction Act (20 U.S.C. 335c et seq.).

(5) **DEFINITIONS.** – For purposes of this subsection :

(A) **ELEMENTARY AND SECONDARY SCHOOLS.** – The term « elementary and secondary schools » means elementary schools and secondary schools, as defined in paragraphs (14) and (25), respectively, of section 14101 of the Elementary and Secondary Education Act of 1965 (20 U.S.C. 8801).

(B) **HEALTH CARE PROVIDER.** – The term « health care provider » means –

- (i) post-secondary educational institutions offering health care instruction, teaching hospitals, and medical schools ;
- (ii) community health centers or health centers providing health care to migrants ;
- (iii) local health departments or agencies ;
- (iv) community mental health centers ;
- (v) not-for-profit hospitals ;
- (vi) rural health clinics ; and
- (vii) consortia of health care providers consisting of one or more entities described in clauses (i) through (vi).

(C) **PUBLIC INSTITUTIONAL TELECOMMUNICATIONS USER.** – The term « public institutional telecommunications user » means an elementary or secondary school, a library, or a health care provider as those terms are defined in this paragraph.

- (i) **CONSUMER PROTECTION.** – The Commission and the States should ensure that universal service is available at rates that are just, reasonable, and affordable.
- (j) **LIFELINE ASSISTANCE.** – Nothing in this section shall affect the collection, distribution, or administration of the Lifeline Assistance Program provided for by the Commission under regulations set forth in section 69.117 of title 47, Code of Federal Regulations, and other related sections of such title.
- (k) **SUBSIDY OF COMPETITIVE SERVICES PROHIBITED.** – A telecommunications carrier may not use services that are not competitive to subsidize services that are subject

to competition. The Commission, with respect to interstate services, and the States, with respect to intrastate services, shall establish any necessary cost allocation rules, accounting safeguards, and guidelines to ensure that services included in the definition of universal service bear no more than a reasonable share of the joint and common costs of facilities used to provide those services.