

Thèse de doctorat



Université de Limoges

**École doctorale Pierre Couvrat ED 88 - Droit et Science Politique
(DSP)**

Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques

Thèse pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université de Limoges
Droit public

Présentée et soutenue par

Aurélien Faderne

Le 24 mars 2022

Le service universel en France

Thèse dirigée par Madame Hélène PAULIAT, Professeur à l'Université de Limoges

JURY :

Présidente du jury

Mme Martine LOMBARD, Professeur émérite, Université Paris II Panthéon Assas

Rapporteurs

M. Stéphane DE LA ROSA, Professeur, Université Paris-Est Créteil

M. Arnaud SEE, Professeur, Université Paris-Nanterre

Examinatrice

Mme Caroline BOYER-CAPELLE, Maître de conférences, Université de Limoges

Remerciements

Je tiens à remercier en tout premier lieu le Professeur Hélène Pauliat pour m'avoir encadré durant cette thèse. Je la remercie pour sa disponibilité, ses précieux conseils et la confiance dont elle m'a fait part durant tout ce travail.

Je remercie également mes proches, famille, amis et collègues, qui m'ont toujours soutenu et qui ont toujours été là à chaque moment depuis le début.

Enfin, mes derniers remerciements vont au personnel de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques et de la Bibliothèque universitaire pour leur aide matérielle et leur bienveillance.

Liste des principales abréviations

AAI : Autorité administrative indépendante

Aff : Affaire

AJDA : Actualité juridique – Droit administratif

al. : Alinéa

APE : Agence des participations de l'État

ARCEP : Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de presse

Art. : article

Cah. Dr. eur. : Cahiers de droit européen

CASF : Code de l'action sociale et familiale

Cass. com. : Cour de cassation, chambre commerciale

CE : Conseil d'État

CEE : Communauté économique européenne

CGCT : Code général des collectivités territoriales

CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

CJCE / CJUE : Cour de justice des communautés européennes / Cour de Justice de l'Union Européenne

comm. : Commentaire

concl. : Conclusions

cons. : Considérant

Cons. conc. : Conseil de la concurrence / Autorité de la concurrence

CRE : Comité de régulation de l'énergie

D. : Dalloz

DC : Décision constitutionnelle

Dir. : Sous la direction de

Éd. : Édition

EDCE : Études et documents du Conseil d'État

EPIC : Établissement public industriel et commercial

GATT : General Agreement on Tariffs and Trade

Ibid : *Ibidem* (au même endroit)

Infra : Ci-dessous

INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

JCP A : La Semaine juridique – Administrations et Collectivités territoriales

JCP G : La Semaine juridique – Édition générale

JOCE / JOUE : Journal officiel des Communautés européennes / Journal officiel de l'Union européenne

JORF : Journal officiel de la République française

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA : Les Petites affiches

n° : Numéro

p. : Page(s)

PUF : Presses universitaires de France

PULIM : Presses universitaires de Limoges

Obs. : Observations

OECE : Organisation européenne de coopération économique

op. cit. : Opere citato (dans l'ouvrage cité)

OSU : Obligation de service universel

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

Rec. : Recueil

RFAP : Revue française d'administration publique

RFDA : Revue française de droit administratif

RMCUE : Revue du marché commun et de l'Union européenne

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen

S. : Sirey

SIEG : Service d'intérêt économique général

SIG : Service d'intérêt général

SNEIG : Service non économique d'intérêt général

SPA : Service public administratif

SPIC : Service public industriel et commercial

SSIG : Service social d'intérêt général

Supra : Ci-dessus

t. : Tome

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne

TUE : Traité sur l'Union Européenne

TSCG : Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance

URL : Uniform Resource Locator

Vol. : Volume

Sommaire

Partie I : La nécessaire reconfiguration du service universel	34
Titre I : Le postulat d'une exploitation superficielle du service universel	34
Chapitre I : Une notion vouée à une simple adaptabilité au marché	34
Chapitre II : La sous-exploitation du service universel	80
Titre II : L'idéal d'une exploitation complète du service universel	114
Chapitre I : L'évolution du service universel, condition de son développement.....	114
Chapitre II : Les effets bénéfiques du service universel, conséquence d'un éventuel épanouissement	154
Partie II : Le service universel au cœur d'un nouveau système hybride	187
Titre I : Complémentarité du service universel et du système de financement et de régulation	187
Chapitre I : L'obligation d'un marché ouvert à la concurrence	188
Chapitre II : La liaison entre service universel et nécessité d'un marché transparent, contrôlé et garant de droits.....	230
Titre II : Complémentarité du service universel et de la protection de l'utilisateur	265
Chapitre I : Complémentarité du service universel et des grands principes du service public.....	265
Chapitre II : Le renforcement des garanties de l'utilisateur par le service universel	302

Introduction

« *Le courage (...) c'est d'aller à l'idéal et comprendre le réel* » estimait Jean Jaurès lors de son Discours à la jeunesse¹. C'est peut-être par ces mots que pourrait également être qualifié le fait de rechercher par tout moyen, dans une société nécessairement libéralisée, d'obtenir une accessibilité universelle à des services qui seront jugés essentiels.

Le service universel peut se définir comme ayant « *pour but d'offrir au citoyen européen un égal accès à un service de qualité, universel, continu, adaptable et transparent* ». Il apparaît comme un socle de service minimal établi au gré des directives qui garantit à chaque citoyen un accès à un certain nombre de services prédéfinis à un prix abordable. Dès la fin des années 80, et plus tôt aux États-Unis, le service universel va porter intrinsèquement des valeurs de solidarité entre usagers dans une époque marquée par l'ouverture à la concurrence et ainsi la mise en péril de la desserte des zones non-rentables ou des usagers vulnérables. En 1987 est publié un Livre vert destiné à la libéralisation des télécommunications dans lequel le terme de « *service universel* » fera pour la première fois son apparition. Il y est ainsi mentionné qu'il faudra trouver « *un compromis équitable entre l'orientation des coûts et l'objectif du service universel* ». ³ Le dessein du service universel était encore loin d'être fixé et le texte était entièrement consacré à l'objectif de refonte du marché des télécommunications en Europe.

C'est pourtant peut-être par ces quelques lignes que le destin du service universel s'est forgé, et cette unique apparition dans le Livre vert sera très symbolique de ce qu'il représentera : une Europe quasiment entièrement tournée vers la création d'un marché unique et une place résiduelle accordée à la sauvegarde de l'intérêt général par le biais du service universel. C'est ainsi, à l'instar des États-Unis, que les télécommunications seront le berceau de la notion en Europe.

Section I : La naissance américaine du service universel

En remontant l'histoire, la première utilisation connue du terme de service universel paraîtra surprenante à certains. Le service universel, instrument justifiant un certain nombre de

¹ J. JAURES, Discours à la jeunesse, 1903

² G. J GUGLIELMI, G. KOUBI, Droit du service public, Montchrestien, 3éd., p147

³ COM(87) 290 final TOWARDS A DYNAMIC EUROPEAN ECONOMY GREEN PAPER ON THE DEVELOPMENT OF THE COMMON MARKET FOR TELECOMMUNICATIONS SERVICES AND EQUIPMENT

péréquations sociales et géographiques ainsi que le recours ponctuel aux monopoles (de manière partielle et réglementée) naît aux Etats-Unis, pays aux traditions économiques plutôt libérales, berceau des lois antitrust. Il peut être relevé notamment que le General Accounting Office, qualifiable de Cour des Comptes d'outre-Atlantique, tenait ces propos : « *Le système du marché concurrentiel fournit l'usage optimal des ressources économiques et maximise les bénéfices du consommateur* », s'accordant à « *prévenir tant les comportements anticoncurrentiels que préserver et promouvoir la concurrence.* »⁴ Difficile de croire, à la lecture de ces termes, que le service universel ait pu émerger dans un contexte économique où la libre concurrence est une règle primordiale. L'accessibilité, la péréquation sociale et tarifaire qu'implique le service universel ne semblent pas correspondre aux valeurs et surtout, au droit antitrust américain. Finalement, aussi bien aux Etats-Unis qu'en Europe, la notion n'a toujours été utilisée qu'en dérogation aux lois du marché. À l'ouest de l'océan Atlantique, la société Bell a eu doublement recours à la notion pour se protéger des lois du marché la destituant de son piédestal.

La notion de service universel a effectivement fortement évolué et le sens évoqué il y a plus d'un siècle sur le territoire américain est bien différent du contour qui lui est prêté aujourd'hui en Europe. La question des bienfaits et des aspects positifs d'un monopole fut effectivement évoquée il y a plus d'un siècle par les juristes et économistes américains (A). Le volet d'accessibilité et d'équité sociale du service universel ne fut que la seconde acception du service universel, apparaissant plusieurs décennies plus tard (B).

A La justification première, garante d'un monopole réglementé

Tout comme plus tard au sein de l'Union Européenne, le service universel a émergé d'une problématique liée aux services de télécommunications. Alexander Graham Bell a mis au point en 1876 un système de communication particulièrement innovant, nommé téléphone. Il était alors bien difficile d'imaginer à l'époque que cet instrument serait un jour dans chaque foyer américain.⁵ L'entreprise Bell, par la suite connue sous le nom d'American Telephone et

⁴ General Accounting Office, Justice Department, Changes in Antitrust Enforcement Policies and Activities, Washington, GAO/GGD-91-2, octobre 1990, p10

⁵ L'ingénieur en chef d'AT&T, dès 1901, écrivait au président FISH : « Si on avait pu prévoir l'ampleur de la croissance du marché du téléphone et les volumes de capitaux à investir... » cité par M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, In: Réseaux, volume 12, n°66, 1994. p25

Telegraph (qui sera plus couramment dénommée AT&T), disposait naturellement au début de son histoire d'un monopole découlant du brevet faisant suite à l'invention d'Alexander Graham Bell. Cette protection expira cependant en 1894, ce qui permit à des concurrents d'entrer sur le marché de la télécommunication. Cette période de concurrence donna naissance à la notion de service universel.

1. *Le service dual et les apports de la course aux raccordements*

L'apparition de la notion s'est faite dans un contexte de concurrence ravageuse. À l'expiration du brevet de Bell, de nombreuses compagnies indépendantes et principalement régionales virent le jour afin de concurrencer le système Bell. Plusieurs sociétés de téléphone américaines tentaient d'emporter des marchés de téléphonie sur le sol américain. La concurrence dans le secteur n'est pas singulière de l'époque : aujourd'hui même, en France comme dans bien d'autres pays à économie de marché, le secteur des télécommunications y est ouvert. Mais la forme que prenait cette concurrence était en revanche bien différente. Alors qu'aujourd'hui, la législation découlant de la théorie des facilités essentielles impose l'accès de tous les concurrents au réseau notamment en France⁶, il n'y avait aucune interconnexion entre les différents acteurs à l'aube de la concurrence du secteur téléphonique aux Etats-Unis. « *Depuis l'origine, la maison mère Bell refusait d'autoriser ses compagnies sous licence à se connecter aux lignes interurbaines des firmes « d'opposition ».*⁷ « *Elle mit également fin aux tentatives des réseaux locaux concurrents d'utiliser les centraux Bell et de raccorder le réseau Bell au central de la compagnie indépendante.* »⁸. La conséquence de ce défaut d'interconnexion des différentes compagnies téléphoniques, qui semble impensable aujourd'hui, est la naissance de ce qui fut appelé le « *service dual* » : plusieurs réseaux téléphoniques qui ne permettaient pas de joindre les abonnés d'un autre réseau. « *Si votre grand-mère, à l'autre bout de la ville, avait le téléphone, rien ne garantissait que vous puissiez l'appeler avec votre propre téléphone. Ainsi, quand on prenait un abonnement, la décision dépendait en partie des gens qu'on avait envie de joindre, et de la compagnie qu'ils avaient choisie pour leur propre installation.* »⁹

⁶ Voir Partie II, Titre I, Chapitre II

⁷ O.E. Noël, Président-Directeur Général de la East Telephone Company à C.Jay French. American Bell Telephone Company, décembre 1894, Box 1066, AT&T-Bell Labs Archives *cité par* M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op.cit.* p.20.

⁸ C.A. Nicholson, Central New York Telephone Co. a C.J. French, American Bell Telephone Co. 6 avril 1898, Box 1166, AT&T-Bell Labs Archives *cité par* M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit.* p.20

⁹ L. LESSIG, L'avenir des idées : le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques, Presses universitaires de Lyon, 2005, p41.

Il s'ensuivit ce que l'économiste américain Milton Mueller appela « *la course aux raccordements* ». ¹⁰ Voyant certes des aspects négatifs à la non-interconnexion des réseaux téléphoniques, estimant qu'elle a « *restreint l'universalité du réseau en partageant les usagers en deux groupes* », il estime qu'en contrepartie « *la course aux raccordements récompensait la recherche d'universalité par les compagnies de téléphone. Un réseau ayant plus d'abonnés qu'un autre a, ceteris paribus, une valeur supérieure.* »

Les stratégies de guerre entre Theodore Vail, Président de Bell System¹¹, et les indépendants étaient diamétralement opposées. AT&T évoque pour la première fois le « service universel » dans un slogan de 1907 : « *Un système, une politique, le service universel* »¹² et ce dernier va servir de fondement à sa stratégie concurrentielle. L'acception est bien différente de ce que l'on peut comprendre aujourd'hui. Pour l'économiste américain Milton Mueller, cette stratégie était en application avant même l'expiration du brevet Bell : « *Bell System avait pour modèle, dans les années 1880, le télégraphe des années 1870. Le télégraphe était un réseau « universel » de communication, orienté vers des utilisations professionnelles et qui reliait entre eux les terminaux de tous les principaux centres de commerce du pays. Il commença par s'implanter dans les grandes villes avant de s'étendre progressivement aux petites communes, sans jamais cependant pénétrer les foyers et les zones rurales.* »¹³ À ce titre, la compagnie de télégraphe Western Union fut une société qui a régné sur le secteur du télégraphe grâce à cette stratégie qui lui a permis de créer un grand réseau interconnecté à l'échelle nationale et de repousser ses concurrents de la branche.

Theodore Vail suivit cette stratégie en implantant des centraux dans les grandes villes du pays. Il insista sur les communications à longue distance et les usages professionnels et délaissa alors le local et les courtes distances.¹⁴ La stratégie des indépendants face à cela est toute inverse : face à l'inaction du Bell System dans les zones rurales, ils vont faire le choix de se concentrer sur le local et de s'étendre progressivement au périurbain.

Milton Mueller dégagea alors trois motivations nées de cette course aux raccordements : elle récompensait le premier opérateur qui installait des centraux dans des zones non encore desservies ; elle créait une pression à la baisse sur le prix de l'abonnement, afin d'attirer les

¹⁰ M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit*, p13.

¹¹ AT&T ainsi que l'ensemble des autres compagnies Bell

¹² Rapport annuel AT&T, 1907, pp17-18 cité par M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit*, p.14

¹³ M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit*, p.19.

¹⁴ Ce qui démontre également que le service universel dans son acception actuelle est bien différent de la manière dont on l'entendait à l'époque

clients et les tenir éloignés des autres réseaux ; elle récompensait ceux qui interconnectaient le plus rapidement et sur le plus grand espace possible les centraux locaux avec des réseaux longue distance.¹⁵ A la lecture de ces motivations induites par le défaut d'interconnexion, il est intéressant de remarquer que l'accessibilité géographique et sociale induite par le service universel dans son acception moderne était en fait remplie par la concurrence et le défaut d'interconnexion. Le terme de service universel dans son acception ancienne, lui, ne faisait pas référence à cela.

Les réussites de la course aux raccordements se constatent dans les statistiques : entre 1895 et 1912, la croissance de la pénétration du téléphone se chiffre entre 0,36% en 1895 et 8,80% en 1912 quand dans le même temps, elle passe de 0,25 à 0,70% en Europe.¹⁶ De manière peut-être encore plus équivoque, 38,7% des foyers ruraux disposaient du téléphone en 1920, avec des statistiques impressionnantes dans certains États (76,4% dans le Nebraska, 77,9% dans le Kansas et jusqu'à 86,1% dans l'Iowa).¹⁷ Le défaut d'interconnexion a joué un rôle majeur dans cette extension aux zones rurales. Un représentant de Southwest Bell en venait à cette conclusion : « *Nous nous sommes bagarrés depuis dix ans en construisant des centraux et des lignes que nous n'aurions jamais construites sans une volonté [...] d'augmenter la valeur de notre service par rapport à celui de nos adversaires.* »¹⁸

2. Les défauts du service dual et le choix logique du monopole

Si la pénétration géographique et sociale était effectivement croissante grâce à cette course aux raccordements, les désagréments en termes de service dual n'ont pas convaincu les usagers. En décembre 1913 est conclu le « Kingsbury Commitment », un accord destiné à favoriser l'interconnexion des réseaux longue distance avec néanmoins une contrepartie : l'interdiction de rachat de compagnies indépendantes par Bell, dans l'esprit des lois antitrust et notamment du Sherman Act de 1890.¹⁹ Les critiques doctrinales à l'encontre de cet accord furent

¹⁵ M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit.*

¹⁶ American Telephone & Telegraph Co, « Telephone statistics of the world », 12 mai 1912 cité par M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit.*, p.20.

¹⁷ 1920 US Census ; 1920 Farm Census ; archives AT&T Bell Labs cité par M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit.*, p19.

¹⁸ Telephony, 30 janvier 1909, cité par M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit.*, p23.

¹⁹ « Le Sherman Act a été conçu comme une charte détaillée de la liberté économique, visant à préserver une concurrence libre et sans entrave comme règle de commerce. Il repose sur le principe fondamental que l'interaction non contenue des forces concurrentielles permettra d'atteindre la meilleure distribution de nos ressources économiques, les prix les plus bas, le plus haut niveau de qualité et le plus grand progrès matériel, tout en créant

cinglantes : « *C'était une tentative éphémère et totalement inefficace pour trouver un juste milieu entre service dual et service intégré. [...] Si tant est qu'il ait accompli quoi que soit, le « Kingsbury Commitment » constituerait une victoire pour les partisans du service dual. [...] Il n'y a aucune preuve qu'un seul indépendant ait jamais tiré profit de cet accord non réciproque et coûteux d'interconnexion de lignes payantes.* »²⁰

Le service universel prôné par Vail prend toute sa dimension dans ce contexte. Plusieurs éléments vont conduire les Etats-Unis à réaliser le premier service universel, dans un sens différent de ce que l'on connaît en droit positif européen. Theodore Vail va tout d'abord élaborer une théorie destinée à justifier l'idée d'un monopole intégré. D'une part, il va justifier l'interconnexion universelle soumise à un contrôle unique en estimant qu' « *aucun regroupement de réseaux indépendants isolés, même bien construits et équipés, ne peut, sans une instance de contrôle unique, fournir au public le même service qu'un réseau de service universel, interdépendant et intercommunicant* ». D'autre part, il demandera un monopole sur le réseau en comparant l'interconnexion au réseau Bell des indépendants à de l'expropriation. Les usagers à leur tour vont également militer pour un service universel.²¹

Le Sénateur Willis-Graham déclarera finalement qu' « *il n'y a rien de plus exaspérant, rien qui ne perturbe plus un homme d'affaires ou un usager ordinaire, que d'avoir deux réseaux téléphoniques locaux en concurrence, ce qui l'oblige à avoir dans son bureau ou sa résidence deux téléphones ne lui permettant ni l'un ni l'autre d'entrer en communication avec toutes les personnes qu'il désire.* »²²

En 1921 entrera finalement en vigueur la loi fédérale Willis-Graham, qui dans un premier temps, suspend le Kingsbury Commitment et dans un second, rend inapplicable le Sherman Act au secteur de la télécommunication. La période de concurrence et de course aux raccordements se clôt par cette loi, qui va offrir au Bell System la possibilité de se constituer en monopole réglementé.

un environnement assurant la protection de nos institutions démocratiques, politiques et sociales » Northern Pacific Railway Co. vs United States, 336 US 1, 4, 1958

²⁰ M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit.*, p29.

²¹ Auditions du Chicago City Council, 4 novembre 1907, p2023-2024 *cité par* M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op. cit.*, p29.

²² 67^{ème} Congrès, 1^{ère} session, « Congressional Record », 1^{er} juin 1921, p1966 *cité par* M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction, *op.cit.*, p30

La théorie ancienne de Theodore Vail sur le service universel se met en pratique par le biais de la loi Willis-Graham. Contrairement à son définition moderne, le service universel n'est alors qu'une justification d'un monopole réglementé permettant à chaque usager de s'interconnecter par le biais d'un service intégré unique. Lorsque ce monopole sera de nouveau contesté, l'entreprise réutilisera sa théorie du service universel en en modifiant l'approche, tournée vers la modulation des prix.

B La justification seconde, garante d'une modulation des prix

Le monopole réglementé dont bénéficiait l'entreprise AT&T a encouragé une pratique qui finalement, plusieurs années plus tard, conduira à son démantèlement. La compagnie modulait ses tarifs pour l'utilisateur et le prix payé pour une communication ne reflétait pas forcément le véritable coût exact imputé à l'entreprise. AT&T pratiquait en fait un système de subvention interne, une péréquation tarifaire de ses coûts entre courtes et longues distances.

1. *La justification de péréquations financières par le « monopole bienveillant »*

L'approche d'AT&T et de son Président historique Theodore Vail a souvent été considérée par les observateurs comme particulièrement singulière. L'entreprise elle-même ne se considérait pas comme les autres. Elle se considérait empreinte d'un devoir moral ou civique lié à l'accessibilité de ses services : « *Nous nous reconnaissons une certaine « responsabilité », une certaine « imputabilité » vis-à-vis du public, ce qui est à la fois différent et davantage que ce à quoi s'engagent les autres entreprises du service public, qui ne sont pas autant intégrées à la vie quotidienne de la communauté toute entière.* »²³

Cette vision particulière lui permet de justifier sa volonté de monopole, de service universel. Vail conditionne ainsi sa bienveillance auprès de l'utilisateur à la nécessité d'instaurer un monopole pour AT&T. De ce fait, il rejette l'idée même de concurrence. « *Concurrence, cela signifie conflit, guerre industrielle ; cela signifie controverse ; mais souvent cela signifie profiter de ou avoir recours à tous les moyens possibles que la conscience des concurrents permettra.* » A l'inverse de la lecture du juge du Sherman Act lors de l'affaire Northern Pacific Railway Co. vs United States, Vail va considérer l'impact purement négatif de la concurrence

²³ Theodore Vail, 1911 in T. WU, *The master switch: the rise and fall of information empires*, Atlantic, 2012 in *Le monopole AT&T*, <http://www.slate.fr/story/30707/empereurs-communication-monopole-telephone-att>, consulté le 15/12/2021

sur le consommateur. « *Sur le long terme (...) le public dans son ensemble n'a jamais bénéficié en quoi que ce soit d'une concurrence ravageuse. (...) C'est toujours le public qui finit directement ou indirectement par payer le prix d'une concurrence agressive et non réglementée.* »

Cette analyse le conduit à imaginer l'avenir de sa société organisée en tant que monopole bienveillant, qui « *allait repousser le côté obscur inhérent à la nature humaine et faire ainsi place aux qualités naturelles de l'homme.* » Pour le Professeur Tim Wu, Vail « *voyait un futur sans version capitaliste de la lutte darwinienne, et dans lequel des entreprises organisées de manière scientifique et dirigées par des hommes bons en étroite collaboration avec le gouvernement serviraient au mieux les intérêts du public.* »²⁴

Au fil du temps, le monopole réglementé d'AT&T a commencé à susciter quelques interrogations aux Etats-Unis. Au gré des mutations technologiques et de l'évolution de la pensée économique américaine, cette situation était de plus en plus contestée dans le pays. La question des tarifs demandés par AT&T aux usagers fut l'élément prépondérant d'une remise en cause. L'entreprise maniait ses deniers en procédant à des subventions internes. Le coût d'un appel longue distance était de moins en moins élevé pour AT&T, ce qui aurait normalement dû avoir pour conséquence de baisser également le tarif pour l'utilisateur. Or, l'entreprise décida volontairement de maintenir artificiellement des tarifs hauts pour l'utilisateur sur ces longues distances, ce qui permettait de dégager une marge financière qui allait subventionner les tarifs locaux, qui eux étaient maintenus très bas.

Les économistes américains s'opposèrent à ce système. Ils se divisent en plusieurs courants, mais estiment tous que cette situation n'est pas en l'état favorable à l'utilisateur. D'un côté, les économistes classiques furent « *préoccupés par le prix excessif des communications longue distance par rapport à son coût marginal. Ils voyaient dans ce phénomène des facteurs de distorsion pour l'économie – la possibilité d'une mauvaise allocation des ressources – tant que le prix des longues distances ne serait pas ramené à hauteur approximative des coûts marginaux.* » Mais un autre groupe d'économistes « *paraissait avoir une motivation plus politique qu'économique. À leurs yeux, la taille et, par conséquent, la puissance d'AT&T l'emportaient sur toute autre considération.* »²⁵

²⁴ T. WU, *The master switch: the rise and fall of information empires, op. cit.*

²⁵ D. ALLEN *Le débat d'idées avant et après le démantèlement d'AT&T. Une chronique, Réseaux 10, n° 56 1992, p99.*

L'existence même de telles subventions n'était pas forcément remise en cause par tous les économistes classiques ; en revanche, c'est le caractère unilatéral de la décision de subventionnement par le monopole qui était attaqué. Une intervention juridique de réglementation aurait à leurs yeux permis une plus grande transparence.²⁶

2. *La remise en cause judiciaire du service universel*

La justice américaine sera finalement amenée à se prononcer sur le statut de monopole d'AT&T. La brèche tarifaire laissée par l'entreprise sur certains segments du marché a incité plusieurs compagnies à s'y engouffrer. De ce fait, MCI voulut offrir ses services sur la branche des liaisons spécialisées, remettant ainsi en cause le monopole réglementé d'AT&T. La Federal Communications Commission (FCC), autorité de régulation des communications aux Etats-Unis, refusa l'entrée de MCI sur le marché de la télécommunication.²⁷ Suite à cette décision, un litige opposa la FCC et MCI et donnera naissance à une décision cruciale pour l'avenir du monopole réglementé. La Cour d'appel du district de Columbia, lors de la décision *Execunet*²⁸, ouvrit totalement le marché des communications longue distance à la concurrence. Le 8 janvier 1982, AT&T fut démantelé en plusieurs groupes locaux. Le monopole réglementé et le service universel imaginé par Theodore Vail prirent donc fin en conséquence de cette décision.

Plusieurs contestations, notamment de la part des usagers, se sont faites entendre après le démantèlement d'AT&T. La subvention croisée n'existant plus, les tarifs locaux ont augmenté, autrement dit la charge n'est plus assumée par l'utilisateur de la ligne longue distance mais par l'utilisateur local. Des tarifs spéciaux, nommés Lifeline, sont venus réduire cette nouvelle charge pour les usagers les plus vulnérables. Pour un certain nombre d'Américains et d'associations de consommateurs, le service universel (dans son acception moderne) a clairement été fragilisé par l'ouverture à la concurrence de la longue-distance téléphonique.²⁹

Finalement, la question sous-jacente à ces interrogations était de savoir si le monopole dans le secteur des télécommunications ne correspondait pas à l'idéal économique pour les usagers et donc de savoir si l'ouverture à la concurrence du secteur a véritablement été bénéfique.

²⁶ D'autres économistes remettaient en cause cette analyse de subventions locales par les coûts longue distance. Paul MacAvoy notamment estimait que c'était le système entier qui se finançait grâce à ces subventions, tandis que Bruce Owen et Roger Noll pensaient au contraire que les longues distances subventionnaient les courtes par le biais d'une autre théorie. Les critiques étaient nombreuses et variées mais dans tous les cas le transfert financier interne d'AT&T était remis en question

²⁷ M. MUELLER, *Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction*, *op. cit.*

²⁸ *MCI Telecommunications Corp v FCC (Execunet I)*, 561 F.2d 365 (D.C. Cir, 1977)

²⁹ D. ALLEN, *Le débat d'idées avant et après le démantèlement d'AT&T*, *op. cit.*, p.112

Autrement dit, AT&T ne constituait-il pas un monopole naturel ? Le Professeur François Rachline le définit comme « *une situation [...] telle que la dimension optimale pour une firme est si grande par rapport au marché qu'il n'y a de place que pour cette seule firme. Le coût de production d'une seule firme est dans ce cas inférieur à celui que devraient supporter deux firmes concurrentes. On en infère que le monopole naturel permet d'obtenir plus facilement un optimum social.* »³⁰ Malgré l'importance de la question, le sujet a été trop peu débattu. L'économiste William Baumol admet que des projets et de travaux ont été envisagés, mais n'ont pas été entrepris avant le démantèlement. De même, le Professeur James Heckman a considéré que les réflexions ont manqué d'empirisme préalable et pour lui « *les télécommunications étaient un monopole naturel et que les gains économiques que l'entreprise retirait d'une intégration continue étaient trop importants pour qu'elle change de fonctionnement* ». ³¹

Ce dernier déclarait qu'AT&T s'efforçait de maximiser l'intérêt du consommateur. L'entreprise telle qu'elle existait avant son démantèlement fait encore l'objet de nostalgie pour beaucoup d'Américains et de spécialistes. Certains pensent que d'autres voies que le démantèlement auraient été possibles, comme l'interconnexion, et que la perte des Bell Laboratories fut un coup dur pour le secteur des télécommunications américain.

L'esprit antitrust national n'est sans doute pas anecdotique dans cette évolution du service téléphonique. Le poids et la taille d'AT&T étaient craints des économistes, au-delà de la question du monopole naturel. Le Secrétaire au Travail de l'administration Clinton écrivait à ce sujet : « *Depuis les temps coloniaux, les Américains avaient appris à se méfier des monopoles, des chartes spéciales de droits exclusifs et autres privilèges d'origine royale. L'abus de pouvoir économique était presque craint autant que l'abus de pouvoir politique. Tout comme l'autorité du gouvernement devait être le fruit d'un équilibre de poids et de contrepoids (...) le pouvoir économique devait également être fragmenté.* »³²

La notion de service universel apparaît donc pour la première fois aux États-Unis, déjà dans un contexte d'accessibilité aux télécommunications. L'Union européenne choisit de reprendre le

³⁰ F. RACHLINE, Services publics, économie de marché, La bibliothèque du citoyen, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996, p69.

³¹ D. ALLEN, Le débat d'idées avant et après le démantèlement d'AT&T, *op. cit.* p.112

³² R. B. REICH, The Work of Nations, Preparing ourselves for 21st Century Capitalism, New York, Vintage Books, 1992, p.35

terme pour l'appliquer sur le vieux continent. La notion a largement évolué entre son acception américaine et européenne comme elle a longtemps évolué avec le temps en Europe.

Section II : La naissance européenne du service universel

C'est au gré des communications, dans un premier temps, que la notion de service universel s'est forgée. Elle apparaît finalement au départ comme très théorique, puisqu'elle n'entraînait aucune conséquence normative, et l'Europe employait ce terme sans qu'aucune personne ne sache véritablement ce qui se cachait sous la notion. Tel est également l'exemple de son emploi en 1992 dans un rapport nommé « Review of the situation in the telecommunications services sector³³ » dans lequel il évoque le service universel. Il y est ainsi indiqué qu'il s'agit d'un service qui doit être disponible sur demande, avec une couverture géographique générale, dans un délai raisonnable et à un prix abordable³⁴. Les contours du service universel sont ainsi esquissés, avec la mention de ce qui le caractérise aujourd'hui : son accessibilité à la fois géographique et tarifaire. Le service universel continue d'être mentionné sans être véritablement défini³⁵ jusqu'en 1994 où une nouvelle directive sur les télécommunications délimitera plus clairement la notion³⁶. Il y est ainsi inscrit que « *le maintien et le développement d'un service de télécommunications universel, assuré par un financement adéquat, sont un facteur clé pour le développement futur des télécommunications dans la Communauté* ». Tout d'abord, le Conseil va rappeler les principes qui vont guider le service universel, à savoir l'universalité, l'égalité et la continuité, avant de mentionner, cette fois-ci clairement, la nécessaire accessibilité quel que soit l'emplacement géographique de l'utilisateur ou sa condition sociale du fait du prix abordable qui y est mentionné³⁷. La résolution note également « *qu'il doit*

³³ Rapport sur la situation du secteur des télécommunications

³⁴ Universal cost effective trans-European telecommunications networks and services are vital for a flourishing single market. Universal service must therefore be guaranteed. Universal service consists in the provision and exploitation of a universal network i.e. one having general geographic coverage, and being provided to any user or service provider upon request within a reasonable period of time at affordable prices. All telecommunications organisations should be allowed to participate fully in the growth of new liberalised markets.

³⁵ En ce sens également, une autre mention du service universel est faite dans la résolution du Conseil, du 22 juillet 1993, sur le réexamen de la situation du secteur des télécommunications et de la nécessité de nouveaux développements sur ce marché au cours de laquelle « le Conseil des communautés européennes (...) reconnaît comme facteurs clés de l'élaboration de la future politique réglementaire des télécommunications dans la Communauté : (...) l'application, le cas échéant, par les autorités de

réglementation nationales, de principes en matière de tarifs d'accès, compte tenu notamment de la nécessité de rééquilibrer les tarifs et de la fourniture d'un service universel » Résolution du Conseil 93/C 213/ 01

³⁶ Résolution du Conseil, du 7 février 1994, sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications 94/C 48 /01, JOCE du 16 février 1994

³⁷ « Les principes d'universalité, d'égalité et de continuité sont à la base d'un tel service pour permettre l'accès à un ensemble minimal de services définis d'une qualité donnée, ainsi que la fourniture de ces services à tous les utilisateurs indépendamment de leur localisation géographique et, à la lumière des conditions spécifiques nationales, à un prix abordable ; »

être possible d'assurer une fourniture spéciale et spécifique du service universel pour des raisons sociales » ce qui rejoint le point précédemment abordé mais qui a le mérite de souligner le caractère social de la notion, ce qui était important à souligner puisque la résolution explique la nécessité de marché unique³⁸. La politique épineuse du financement de service universel est ensuite détaillée. Il y est rappelé que certains coûts ne seront, à l'évidence, pas rentables et qu'un mécanisme devra être mis en place afin d'y faire face : *« ce service peut, si cela est justifié et sous réserve de l'approbation de l'autorité réglementaire nationale, être financé au moyen de transferts internes, de redevances d'accès ou d'autres mécanismes tenant dûment compte des principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité, tout en assurant le respect des règles de la concurrence, afin d'apporter une juste contribution à la charge que représente la fourniture d'un service universel »*. La résolution de 1994 apporte donc des éléments de définition beaucoup plus clairs, qu'il est naturellement nécessaire d'analyser plus en profondeur, sur le service universel. Elle indique également une dernière chose, mais pas la moindre : *« que la notion de service universel doit évoluer au rythme du progrès technique, des développements du marché et de l'évolution des besoins des utilisateurs. »*

Autrement dit, la résolution de 1994 est venue préciser tous les contours de la notion de service universel. Elle en fait d'abord et en premier lieu le dessin d'une notion dont l'accessibilité serait totale. La directive dite « Service universel » de 2002 reprend un certain nombre de points de la résolution de 1994 et insiste de nouveau sur ce qui constitue le noyau dur du service universel : sa fourniture qu'importe la localisation géographique et toujours à un tarif qualifié d'accessible³⁹. L'aspect le plus important du service universel est donc son accessibilité. Il offre un droit à l'utilisateur de disposer d'un service. C'est ce qui donne à cette notion un aspect de solidarité : il offre, dans un contexte de libre concurrence, un accès à un service dont la fourniture n'est pas rentable pour l'opérateur. Le contexte de la mise en concurrence entraîne la conséquence naturelle pour les différentes entreprises de se concentrer sur les zones rentables. Or, tout comme pour le service public, dont l'articulation avec le service universel sera étudiée,

³⁸ « que, pour promouvoir des services de télécommunications à l'échelle de la Communauté, il faut prévoir l'interconnexion des réseaux publics et, dans le futur environnement concurrentiel, assurer l'interconnexion entre les réseaux des différents opérateurs sur le plan national et communautaire »

³⁹ « Les États membres devraient continuer de veiller à ce que, sur leur territoire, les services visés au chapitre II soient mis à la disposition de tous les utilisateurs finals, au niveau de qualité spécifié, quelle que soit la localisation géographique de ces derniers et, en fonction des conditions propres à chaque État membre, à un prix abordable. Les États membres peuvent, dans le cadre des obligations de service universel et en fonction des conditions propres à chacun d'eux, arrêter des mesures spécifiques en faveur des consommateurs vivant dans des zones rurales ou géographiquement isolées pour assurer leur accès aux services visés au chapitre II, ainsi que le caractère abordable de ces services » Directive 2002/22/CE du Parlement Européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»).

certain services sont d'intérêt général et en ce sens leur fourniture est essentielle aux usagers. Dans le but de fournir les services qui bénéficient du « label » de service universel, des mécanismes sont alors actionnés permettant la distribution de ces derniers à des dessertes géographiques dont le coût serait prohibitif pour une entreprise qui viserait simplement son profit ou pour des catégories de population dont les revenus ne seraient pas suffisants pour accéder au service.

La définition du service universel ne serait pas complète s'il n'y avait pas la mention du caractère de socle minimal qu'il engendre. Ce caractère est sa raison d'être : le service universel est accessible à tous, ce qui engendre le fait que chaque usager a un droit recouvert du sceau du service universel. Cet aspect est fondamental dans l'étude qui suit. L'idée est que plus le nombre de services sera étendu, plus le socle sera lui-même renforcé. Avec un service minimum qui s'étend, c'est l'ensemble des usagers qui bénéficie d'une protection minimale et d'un nombre de services garantis de sa simple qualité d'usager. La question de la tarification sociale joue ici un rôle primordial en offrant à un prix abordable le service universel⁴⁰ à quiconque, tout comme l'accessibilité géographique, qui permet à toute personne éloignée des grands centres urbains de tout même bénéficier du service.

En promouvant un socle minimal garanti de services, c'est tout simplement l'existence de catégories isolées de personnes qui disparaît. Ici se trouve tout l'intérêt du service universel : constituer un bloc de services à disposition de chacun ce qui, à terme, amène à repenser l'idée de cohésion sociale à travers une égalité formelle entre les usagers.

Néanmoins, inévitablement se pose la question de la taille de ce bloc incompressible. Pour former une véritable cohésion sociale, il faudrait que ce bloc soit aussi large que possible pour que chacun puisse avoir accès à un socle minimal de services. Il pourrait ainsi devenir un appui à une citoyenneté européenne qui créerait, du simple fait du statut d'usager européen, le droit à des services. Or, ces services sont pour l'instant extrêmement réduits. Le champ couvert par le service universel est très peu élargi, ce qui est loin d'en faire une notion cadre.

⁴⁰ Selon la directive dite « service universel » de 2002, « Un prix abordable s'entend comme un prix défini au niveau national par les États membres compte tenu de circonstances nationales spécifiques et peut impliquer l'établissement d'une tarification commune indépendante de la position géographique ou de formules tarifaires spéciales pour répondre aux besoins des utilisateurs à faibles revenus. Du point de vue du consommateur individuel, le caractère abordable des prix est lié à sa capacité de surveiller et de maîtriser ses dépenses. »

Le premier champ couvert, historiquement, est celui des télécommunications. Il est aujourd'hui notamment ouvert à l'Internet haut débit, après plusieurs années de demande d'inscription⁴¹. Le raccordement au réseau des télécommunications est la pierre angulaire du service universel. Le deuxième champ est celui des services postaux⁴². Le législateur français note à cet égard que « *Le service universel postal concourt à la cohésion sociale et au développement équilibré du territoire. Il est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité en recherchant la meilleure efficacité économique et sociale. Il garantit à tous les usagers, de manière permanente et sur l'ensemble du territoire national, des services postaux répondant à des normes de qualité déterminées. Ces services sont offerts à des prix abordables pour tous les utilisateurs.* »⁴³

Enfin, le troisième secteur que couvre le champ du service universel est celui de l'électricité, pour lequel la directive de 2003 dispose que « *les États membres devraient veiller à ce que les clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises, aient le droit d'être approvisionnés en électricité d'une qualité bien définie à des prix clairement comparables, transparents et raisonnables.* »⁴⁴

Le terme de service universel est donc applicable au triptyque télécommunications-poste-électricité mais ne s'étend pas au-delà⁴⁵. Il ne s'impose donc que dans certaines entreprises de réseaux et uniquement dans ces dernières. La construction de ce socle minimal est difficilement satisfaisant pour espérer en faire une véritable notion à la base d'une citoyenneté européenne, et il sera important de démontrer qu'une évolution de la notion se trouve nécessaire pour espérer lui donner une autre dimension dans la sphère juridique.

Un autre élément mérite également d'être plus amplement développé dans le service universel, celui qui concerne l'aspect dynamique de la notion. Le service universel est amené à évoluer

⁴¹ Il est aujourd'hui garanti par le Code des communications électroniques européen en l'article 84 de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2018 qui dispose que « les États membres veillent à ce que tous les consommateurs sur leur territoire aient accès, à un tarif abordable, compte tenu des circonstances nationales spécifiques, à un service d'accès adéquat à l'internet à haut débit disponible et à des services de communications vocales à un niveau de qualité spécifié sur leur territoire, y compris au raccordement sous-jacent, en position déterminée. »

⁴² L'article L1 du Code des postes et des télécommunications électroniques dispose que « Le service universel postal comprend des offres de services nationaux et transfrontières d'envois postaux d'un poids inférieur ou égal à 2 kilogrammes, de colis postaux jusqu'à 20 kilogrammes, d'envois recommandés et d'envois à valeur déclarée. »

⁴³ Article L1 du Code des postes et des communications électroniques

⁴⁴ Directive 2003/54/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE Point 24

⁴⁵ Dans un arrêt *Corsica Ferries*, la Cour évoque le terme de service universel pour des opérations de lamanage mais il ne s'agit, ainsi que l'expriment les professeurs G.J. Guglielmi et G. Koubi *in* Droit du service public, 3^{éd.}, Montchrestien, que d'un terme qui n'a pas de lien avec le service universel tel qu'entendu ici. CJCE, 18 juin 1998, aff. C-266/96, *Corsica Ferries*, Rec. p.I-3980, concl. Fenelly, JCP G 1999, II, 1037, note Le Mestre.

de manière temporelle au gré des mutations technologiques. L'importance de cette indexation est de taille puisqu'un service défini qui n'évoluerait pas ne ferait que faire croître l'écart entre le service minimum et les services additionnels qui peuvent être rendus hors du champ du service universel. L'exemple de l'intégration du haut débit est à ce titre marquant. Il a fallu attendre une décennie de débat pour faire entrer ce dernier dans le champ du service universel, ce qui signifie que ceux qui ne disposaient que du service universel se retrouvaient exclus du haut débit et les améliorations rapides du domaine des télécommunications ne faisaient qu'accroître l'écart entre service universel et services rendus dans un contexte de concurrence. C'est à ce titre que la résolution de 1994 indiquait « *que la notion de service universel doit évoluer au rythme du progrès technique, des développements du marché et de l'évolution des besoins des utilisateurs*⁴⁶. » Le dynamisme de la notion doit donc être un élément important à prendre en compte pour réaliser une fois de plus ce socle minimal de services au risque de créer une segmentation accrue entre usagers.

Il importe enfin, dans le dessin du contour du service universel, de le distinguer des autres notions qui gravitent autour de lui dans le système européen sans toutefois se recouper avec lui. Le droit de l'Union européenne a mis en place un langage particulier qui ne se superpose pas au service public tel que connu en France et a choisi d'embrasser un autre vocabulaire qui lui permet de traverser les frontières en adoptant un langage commun. Le terme de service universel en un exemple. Le terme le plus utilisé en droit de l'Union Européenne est peut être celui de service d'intérêt économique général (SIEG). Il s'agit ici d'un service marchand qui poursuit un but d'intérêt général. Un rapprochement évident et à faire avec le service public industriel et commercial (SPIC) français⁴⁷ : le caractère marchand de l'activité « *en ce sens que le bien ou le service délivrés par le SIEG et le SPIC donnent normalement lieu à une opération sur le marché et, qu'en eux-mêmes, si l'on fait donc abstraction des conditions de leur délivrance, ils pourraient très bien être pris en charge par des entreprises privées agissant suivant les seules règles du commerce* » avec le même but, celui de « *la satisfaction de l'intérêt général*»⁴⁸ Les termes de service d'intérêt économique général et de service universel se rapprochent tel que le soulignent les Professeurs Jean-François Auby et Olivier Raymundie. « *Des différences sémantiques opposent les expressions de "service universel" et de "service d'intérêt général", car, au fond, celles-ci s'avèrent très proches comme le confirme d'ailleurs*

⁴⁶ Résolution du Conseil, du 7 février 1994, sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications 94/C 48 /01, JOCE du 16 février 1994

⁴⁷ Voir en ce sens, J. F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, 3 éd, LexisNexis, 2018, p117

⁴⁸ *Ibid.*

la Cour dans son arrêt “Corbeau“ en traçant un parallèle entre la notion de service universel et la notion de service d'intérêt économique général.⁴⁹ » Nul doute qu'un certain nombre de parallèles peuvent en effet être tracés entre obligations de service universel et d'intérêt économique général, mais il est important de souligner que le service universel se réfère spécifiquement à ce socle commun de services irréductibles.

L'autre catégorie de services intéressant le service universel est le service non-économique d'intérêt général (le SNEIG), expression qui « recouvre les services à objet non marchand relevant de la souveraineté de l'État et des services à objet social (emploi, réinsertion professionnelle, logement social, aide aux personnes âgées ou dépendantes, etc.), les uns et les autres constituant le plus souvent par leur objet de véritables SPA en droit interne.⁵⁰ » Pour être plus précis, cette catégorie n'intègre pas le service universel aujourd'hui. Ce dernier est entièrement tourné vers les secteurs en réseaux précités, et donc ne recouvre pas les services non-marchands. Cependant, dans l'optique d'une meilleure cohésion sociale européenne et d'une notion qui serait véritablement structurante, il pourrait être opportun de penser à étendre à un certain nombre de SNEIG le service universel. Autrement dit, il serait intéressant de ne plus le concevoir que comme un objet servant à la libéralisation des marchés mais d'insister sur une vocation plus sociale et structurante en offrant une accessibilité géographique à des services non marchands.

Au-delà de la multiplicité sémantique européenne autour des services d'intérêt général (SIG, regroupant les SIEG et les SNEIG), une étude devra être faite concernant la rencontre du service public et de toutes les implications qu'il entraîne avec le service universel. Les deux notions se rencontrent avec des différences notables, ne serait-ce que dans leur apparition, avec un terme français séculaire et un jeune service universel de quelques décennies. Le service public et le service universel cohabitent aujourd'hui dans le paysage juridique français avec leurs différences et leurs atomes crochus ce qui en donne une rencontre intéressante. Dans cet univers, le service public est déjà largement implanté, et tout a été dit ou presque par la doctrine depuis son émergence. Bien que difficile à en délimiter les contours⁵¹, elle répond toujours à la recherche de la satisfaction de l'intérêt général, dont il constitue le dénominateur commun de

⁴⁹ J.F. AUBY, O. RAYMUNDIE, Le service public, Éditions du moniteur, Paris, 2003, p121

⁵⁰ J. F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, 3 éd., *op. cit.*, p121

⁵¹ En ce sens Jean-François Auby et Olivier Raymundie évoquent « une notion introuvable » J.F. AUBY, O. RAYMUNDIE, Le service public, *op. cit.*, p21

ce service public⁵². Cette prise en charge de l'intérêt général par le service public lui donne un spectre extrêmement large qui va différer du service universel réduit aux trois secteurs précédemment cités. Il y a quelques points de convergence, notamment le fait, que « *dans de telles activités, la primauté de la satisfaction de l'intérêt général devient la raison d'être même de la création et de l'organisation de ces activités et justifie qu'elles soient assurées, sur le plan financier, à perte, voire de façon totalement gratuite.* » Service public et service universel ne poursuivent donc pas l'objectif de la rentabilité mais simplement la satisfaction de l'intérêt général ce qui permet de rapprocher fortement les deux notions. Mais l'idéologie qui entoure chacune d'entre elle reste relativement différente. « *La notion de service public et celle de service universel paraissent pouvoir difficilement coïncider, principalement parce que ce qui les fonde est différent. Du côté du service public, ce qui l'emporte, c'est l'idée d'intervention de la puissance publique, de réglementation, de contrôle, d'accomplissement d'une mission marquée de la noblesse de ce qui n'est peut-être qu'un idéal ou un horizon chimérique, mais dont la société française demeure imprégnée, fût-ce à tort. Du côté du service universel, l'idée dominante est celle d'une exception par rapport à une situation qui est celle de l'échange, de la concurrence entre des personnes supposées être principalement des personnes privées. On conçoit qu'en tout état de cause il soit difficile de rapprocher le service public du service universel.* »⁵³ » Autrement dit, là où le service universel ne semble avoir qu'une envergure contingente, limitée, le service public est bien plus large et dispose d'une présence plus étoffée. Pierre angulaire du droit administratif au tout début du XXème siècle, le service public s'est souvent voulu être le visage de l'État. Loin du service universel, le service public est parfois encore perçu en France comme un mythe⁵⁴. « *Plus profondément, le service public est un opérateur idéologique : il sculpte le mythe d'un État généreux, bienveillant, uniquement soucieux du bien-être de tous ; le service public est le « principe axiologique qui est censé commander la gestion publique, la finalité à laquelle sont tenus de se référer gouvernants et fonctionnaires, la norme dont dépend la légitimité de leur action.* »⁵⁵ » Il y a donc une résonance

⁵² « *L'activité de service public est d'intérêt général. Voilà bien l'élément de la notion de service public qui, en apparence, souffre le moins la contestation car l'intérêt général se présente bien comme le dénominateur commun de tous les services publics, il en constitue le but et l'élément constant. Au-delà de la diversité des objets – chaque service a un objet propre correspondant à la spécificité de la prestation qu'il accorde (enseignement, transport, eau, gaz, électricité, etc.) – on retrouve l'unicité du but poursuivi : la satisfaction de l'intérêt général.* » J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit de services publics, p.32.

⁵³ J.M. PONTIER, Sur la conception française du service public, Rec. Dalloz, 1996 p.9

⁵⁴ « *La notion française de service public comporte ainsi des implications très spécifiques. Le service public a été en effet érigé en France à la hauteur d'un véritable mythe, c'est-à-dire une de ces images fondatrices, polarisant les croyances et condensant les affects, sur lesquelles prend appui l'identité collective.* » J. CHEVALLIER, Le service public, Que sais-je, 8éd., PUF, 1987, p.3

⁵⁵ *Ibid*, p.4

forte entre service public, État, souveraineté et citoyens-usagers en France, éléments qui se sont construits sur plusieurs siècles et dont le service universel est encore loin. Autrement dit, il y a une sorte d'aspect structurel que l'on retrouve dans le service public français par ses incidences sur le droit et son envergure qui est loin d'être retrouvée avec le service universel qui ne dispose que d'une portion congrue de l'ensemble du service public. Pour le Professeur Jacques Chevallier, « *le service public est donc une notion complexe, dans laquelle se mélangent de manière indiscernable, indissociable et indissoluble le réel et le mythe, soudés par le ciment du droit. La notion de service public apparaît ainsi, en France, comme la pièce maîtresse la véritable clef de voûte de la construction étatique : c'est elle qui permet de clôturer l'espace étatique sur lui-même en traçant une ligne de démarcation entre public et privé, mais aussi d'intégrer les différents éléments de la théorie de l'État en les amalgamant, par une étrange alchimie, dans un ensemble conceptuel unifié et cohérent.*⁵⁶ »

Le service universel lui, se cantonne à un certain nombre de services qui ne reflètent en aucun cas cet aspect structurant. Autrement dit, le service universel n'est pas universel dans le sens où il ne recouvre que peu de fournitures de biens ou de services⁵⁷.

Service public et service universel se séparent également sur leurs principes directeurs. Le service public se caractérise surtout par les fameuses « lois de Rolland », qui constituent le « noyau dur » du service public⁵⁸. « *La présentation traditionnelle faite par la doctrine se développe autour d'une trinité : continuité du service public ; adaptation constante du service public, égalité devant le service public. (...) Il dégage une loi du service public non au sens juridique du terme mais au sens presque scientifique de l'expression (...) consubstantielle à la nature même du service public ou à la conception que l'on se fait de cette institution dans un État donné compte tenu des soubassements politiques de cet État.*⁵⁹ » Des travaux récents ont

⁵⁶J. CHEVALLIER, Le service public, *op. cit.*, p.5

⁵⁷ « *Dans son principe même, il apparaît clairement que le service universel ne laisse guère de place à l'universalité puisque, par définition, il s'agit d'une prestation « dérogatoire » considérée comme nécessaire à l'ajustement d'un système plus large. Significativement, la définition du service universel ne désigne que « certains services », des services « déterminés », ce qui signifie, vu le régime juridique associé, des services limitativement énumérés. Sont donc des services universels certains services caractérisés par les critères posés et non pas par « tout service ».* G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, Droit du service public, *op. cit.*, p.149

⁵⁸ « *Les activités qualifiées de "service public", qu'elles soient exercées par des personnes publiques ou des personnes privées, et quel que soit leur caractère, administratif, industriel ou commercial, sont soumises à un même ensemble de règles de droit. Cet ensemble constitue, en quelque sorte, le "noyau dur" du régime de service public : toutes les activités de service public, voire les missions de service public qui pourraient être attribuées à certains organismes privés, sans distinction du mode d'exercice et de gestion, doivent répondre à des règles communes, à des grands principes généraux dits communément "lois du service public". Ces principes sont essentiels au fonctionnement du service public. Ils sont, d'ailleurs, intrinsèquement liés à la caractérisation de la notion de service public.* » *Ibid.*, p. 547

⁵⁹ » J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit de services publics, *op. cit.* p.469.

été menés sur la relecture des lois du service public⁶⁰ et traite de manière exhaustive de la façon dont sont appréhendées aujourd'hui ces principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité. Mais ces lois ont été formées, travaillées, par l'œuvre du législateur et de la jurisprudence française, à des degrés différents dans la hiérarchie des normes mais adaptées au service public français. Le service universel lui, répond à d'autres exigences qui sont tournées vers l'utilisateur lui-même. Les principes se recoupent sans se substituer. La question de la continuité n'est pas véritablement abordée, si ce n'est sous l'angle de la jurisprudence *Commune d'Almelo*⁶¹ ou bien d'une continuité plutôt spatiale. L'égalité est entièrement tournée vers l'utilisateur avec une prise en compte de sa situation pour son accessibilité géographique et financière et l'adaptabilité se mue plutôt en suivi des mutations technologiques. Il n'y a donc pas réellement d'aspect structurant, puisque le service universel est réduit dans son champ d'application et ses principes sont plutôt entièrement tournés vers l'accessibilité à l'utilisateur. Elle enrichit néanmoins la notion de service public en insistant sur des questions liées à la qualité et à la transparence du service rendu.

Enfin, service universel et service public se démarquent également, de manière erronée, dans l'esprit des citoyens par le gestionnaire du service. La longue tradition de confusion entre secteur public et service public conduit de nombreux usagers à penser que le gestionnaire est l'État, ce qui renforce à nouveau l'idée de caractère structurant qu'aurait le service public par rapport au service universel.⁶² L'utilisateur attend plus du service public qu'il n'en attend du service universel, puisqu'il prêtera attention aux « *services qui apparaissent comme vitaux, car indispensables à la vie sociale (...) ceux qui ne peuvent être exploités que dans un cadre collectif (...) Il en est enfin de tous ceux qui doivent être assurés selon des principes égalitaires, qui, de ce fait, doivent être exploités à l'abri des lois du marché.* »⁶³ L'utilisateur a donc des attentes particulières en termes de service public qui doit prendre dans son esprit en charge, ce qui n'est pas sans rappeler la conception du guichet, un certain nombre de services qui ne pourraient être

⁶⁰ D. CHARBONNEL, Une relecture des lois du service public, Thèse soutenue le 5 décembre 2019 à Limoges

⁶¹ « A cet égard, il convient de relever qu'une telle entreprise doit assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients. » CJCE, *Commune d'Almelo*, 27 avril 1994, affaire C-393/92, §48

⁶² « Lorsque les Français parlent ensuite du service public, ils désignent aussi et surtout une personne publique. C'est une présomption qui est difficile à renverser dans leur esprit. Ainsi, est activité de service public une activité gérée et dirigée par une collectivité publique. Cette approche est historiquement exacte. Elle justifie que, dans un pays fortement étatiste, l'utilisateur attachera une valeur plus essentielle aux services publics fournis par l'État qu'aux services fournis par des collectivités locales ou même des établissements publics. Il va sans dire qu'ils n'envisagent point les modes de gestion associant les personnes privées à la gestion des services publics. » J.F. AUBY, O. RAYMUNDIE, *Le service public*, op. cit., p25

⁶³ *Ibid.*, p.23

pris en charge que par l'État. De son côté, le service universel n'est qu'une maigre consolation à certains secteurs qui sont libéralisés.

Il importe de faire ce parallèle entre service public et service universel pour démontrer l'ancrage du premier et la faiblesse du second, mais surtout le potentiel d'évolution dont dispose le service universel pour devenir une véritable notion encadrante si elle était étendue à des champs que recouvre aujourd'hui le service public⁶⁴.

Section III : Intérêt de l'étude

Cette étude s'inscrit dans la volonté de démontrer que le service universel doit aujourd'hui être repensé. L'intérêt du travail se loge dans ce service universel dont les caractéristiques sont ambitieuses mais où sa réalisation déçoit. Il y a sans doute une véritable promesse de cohésion sociale qui peut être tenue dans le cadre du service universel mais ce dernier souffre d'insuffisances. Le champ matériel est trop peu exploré pour en faire un mécanisme structurant. Une extension matérielle semblerait pourtant possible à de nouveaux secteurs tels que le secteur bancaire ou encore l'accès à l'eau potable pour laisser découvrir un « paquet » de services à destination de tous les usagers. Son suivi des mutations technologiques laisse également à désirer eu égard au temps qu'il aura fallu pour faire pénétrer le haut-débit dans les caractéristiques du service universel. Or, la politique européenne actuelle ne semble pas faire du développement du service universel sa priorité, préférant au préalable s'attarder sur la libéralisation des secteurs publics et sur les différentes politiques économiques de resserrement de la dépense publique. Il est donc nécessaire de revenir sur une reconfiguration du service universel qui s'étendrait à de nouveaux secteurs.

⁶⁴ En ce sens le Professeur Jacques Chevallier démontre que la coïncidence entre les deux notions est loin d'être réalisée : « D'abord la notion de service universel est entendue au niveau communautaire de manière restrictive : ne sont pour le moment concernés que les télécommunications, la poste et la fourniture d'électricité. On peut s'étonner d'une telle limitation alors que bien d'autres services locaux ou urbains (eau, assainissement, distribution du gaz et de l'électricité, transports collectifs...) mais aussi de services plus généraux (santé, services bancaires...) pourraient entrer dans cette catégorie ; mais ces services, ou bien ne relèvent pas du champ d'action communautaire, ou bien ne sont pas directement exposés à la pression de la concurrence ; la notion de service universel a été forgée par les instances communautaires comme contrepoids à la logique de la concurrence. Ensuite, l'universalité n'est pas un attribut général de tout service public : le service universel correspond en fait à un type particulier de réseau couvrant l'ensemble du territoire, voire à certaines prestations d'un service public donné (par exemple, le téléphone fixe pour les télécommunications) ; tous les autres excluant l'idée d'universalité. Enfin, et surtout le régime du service universel, tel qu'il est conçu au niveau communautaire, est plus restrictif que le régime du service public : il est centré exclusivement sur le service rendu aux usagers alors que la conception française du service public implique la prise en charge d'objectifs d'« intérêt général » ; et, au regard même des usagers les obligations de service universel apparaissent minimales, notamment en ce qui concerne la péréquation tarifaire. » J. CHEVALLIER, *Le service public, op. cit.*, p.97

En revanche, une véritable hybridation s'est construite entre le service universel et le service public qui sont venues s'enrichir l'une et l'autre. Le service public découvre une forme de transparence économique suite à l'exigence demandée par les directives de service universel. De la même manière, les lois de Rolland découvrent de nouveaux aspects. La continuité des services s'exprime aussi désormais géographiquement, l'égalité réelle rencontre l'égalité formelle et le principe d'adaptabilité gagnerait en contenu grâce aux suivi des mutations technologiques.

Il convient donc de poser les bases d'une véritable reconfiguration du service universel pour en faire une notion plus développée et plus éparse qui surplomberait un domaine plus large tel que le fait le service public en France. Ainsi, il y aurait une véritable protection de l'utilisateur grâce à un service universel qui s'ouvrirait à de nouveaux champs, notamment les SNEIG qui ont été oubliés. Une fois cette reconfiguration établie, il est intéressant de se poser la question de son articulation avec le droit français des services publics. Le service universel se trouve entièrement compatible avec ce dernier. Il renforce même la transparence des échanges financiers, par le biais de mécanismes de contrôles efficaces. Les lois de Rolland quant à elles sont enrichies par les mécanismes du service universel.

Il convient alors à la fois de s'interroger sur la reconfiguration et l'hybridation que peut connaître le service universel en France pour faire de lui un service opérant et protecteur.

Partant d'une exploitation superficielle du service universel par les instances européennes, et de la relégation au second plan des services d'intérêt général, il est nécessaire de retravailler le spectre du service universel pour qu'il englobe de nouveaux secteurs et qu'il puisse exploiter au mieux sa caractéristique principale : celle de l'accessibilité (Partie I). Partant, il sera ensuite important de voir l'hybridation du service universel avec le droit des services publics français, en remettant en cause le système coûteux et opaque observable en présence de monopoles pour reconnaître un meilleur système plus transparent financièrement sous l'égide du service universel. L'aboutissement du travail doit par la suite être cette nouvelle place de l'utilisateur français voire européen disposant d'une sécurité juridique plus fiable concernant le service public de demain, disposant d'un véritable « paquet » de services publics dont il ne craindra l'éloignement ou de la disparition (Partie II).

Partie I : La nécessaire reconfiguration du service universel

Le service universel pourrait être une norme à la valeur précieuse pour les usagers. En garantissant une accessibilité à un certain nombre de services publics déterminés, il confère une dimension sociale à ces mêmes services et cache un potentiel de développement intéressant, s'il ne reste pas enfermé dans ces activités qui lui ont été confiées.

Grâce au service universel, il est possible de croire à une accessibilité des services publics pour les usagers qui formerait un socle incompressible à la base d'une nouvelle cohésion sociale en Europe. L'instauration de tarifs sociaux ou d'obligations de raccordement dans les domaines de l'électricité, des télécommunications ou des postes en est témoin. Il aurait alors été tentant de croire que d'autres secteurs seraient soumis à des obligations de service universel et que le socle n'aurait été que solidifié. Or, il est bien nécessaire de ne constater qu'une exploitation superficielle du service universel qui ne satisfait que l'ouverture au marché de certains secteurs concernés (Titre I). Pour atteindre d'autres objectifs, il faut repenser le service universel en le faisant évoluer de son faible état actuel à un nouveau potentiel qui irait jusqu'à son exploitation complète (Titre II).

Titre I : Le postulat d'une exploitation superficielle du service universel

Loin d'une vision renouvelée du service universel, la notion est aujourd'hui bien mince. Elle ne semble tout d'abord qu'être accessoire au marché unique. L'Union européenne cherche en premier lieu à consolider ce marché et en second lieu à rationaliser les dépenses publiques. À l'évidence, cela porte préjudice à une extension du service universel à d'autres secteurs. Le service universel ne serait donc pas structurant mais un simple outil qui d'adaptation au marché (Chapitre I). C'est dans ce cadre qu'une certaine faiblesse est perceptible pour le service universel, autant dans les instruments juridiques utilisés que dans son utilisation par les États (Chapitre II).

Chapitre I : Une notion vouée à une simple adaptabilité au marché

Les instances européennes, soucieuses de rapprocher les législations nationales relatives à l'intervention des États, ont créé un certain nombre de catégories pour classer les services publics ; des néologismes ont fait leur apparition à ce titre : service d'intérêt général, service

d'intérêt économique général, service social d'intérêt général... Le service universel fait partie de ces nouvelles catégories instituées par l'Union Européenne.

Le nom confié à ce concept n'est pourtant pas entièrement nouveau. Il avait déjà été utilisé aux Etats-Unis au début du XXème siècle. Les similitudes ne s'arrêtent pas à ce nom : il est apparu au cours d'un débat politico-économique troublant de ressemblances avec le débat européen qui commença à la fin du XXème : la place à accorder aux interventions étatiques et aux monopoles dans la vie économique. La notion a été reprise par les institutions européennes dans le cadre de l'établissement du marché commun et plus encore lors de l'intensification de la suppression des monopoles nationaux à la suite de l'Acte unique européen. (Section 1).

En Europe, le service universel n'est pas resté dans le simple cadre d'une théorie, il a eu de véritables prolongations juridiques. Mais à l'instar de la notion américaine, il ne semblait être voué qu'à une utilisation subsidiaire aux règles du marché. L'encadrement normatif européen promeut la libre concurrence et semble consacrer la priorité absolue à un marché unique libéralisé, à tel point qu'il est légitime de se demander quelle ambition comptait être donnée au service universel, le droit communautaire ne laissant que peu de place aux services publics (Section 2).

Section 1 : Le service universel amené par le marché unique

Si aujourd'hui le service universel, au fil des différentes communications de la Commission européenne qui ont émaillé la dernière décennie du XXème siècle, se circonscrit autour de plusieurs axes et possède un contour de plus en plus détaillé, l'histoire de la notion révèle des évolutions et une acception bien différente de celle que l'on peut connaître aujourd'hui. Le débat sur la portée de la notion ne s'est même jamais véritablement terminé : à la fin des années 1990, certains auteurs se demandent si le service universel est un renouveau du service public ou une nouvelle mystification.⁶⁵

Le service universel tel, qu'on peut le concevoir aujourd'hui en Europe, est le résultat d'un inné et d'un acquis. Il y a une part de « génétique » ; étant le fruit de l'Europe, il est nécessairement relié au marché commun et prendra donc en compte ses caractéristiques. L'absence de frontières à l'échange, de douanes, ou de possibilités de contingentement prévus dès le Traité de Rome

⁶⁵ M. DEBENE et O. RAYMUNDIE, Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ?, *AJDA*, 1996, p183.

en 1957 sont des variables qui ont été nécessairement pensées avant même la création du service universel en Europe. Mais il y a également une part « d'acquis », de sorte que le service universel a évolué concomitamment avec l'Union européenne, et notamment avec l'intensification de la réalisation d'un marché unique, libéré de toute contrainte gouvernementale, et frappant les services publics, depuis l'Acte unique européen de 1986.

Pour circonscrire une définition du service universel, il est important de comprendre pour quelles raisons l'on a éprouvé le besoin de le créer. Le problème peut être abordé de cette manière : si la protection d'un certain nombre de services publics, indispensables à l'intérêt général, s'est révélée nécessaire, il s'agit d'une conséquence logique du fait qu'à un moment donné les services publics ont été menacés. Le Traité de Rome semblait ne constituer que l'avertissement d'une libéralisation du marché (A). Si le service universel n'est né qu'à la fin de la décennie 1980, le lien doit être fait avec la rupture qu'a constitué l'Acte unique européen pour les services publics à cette époque (B).

[1§ Les traités fondateurs, prémices d'une libéralisation annoncée](#)

Il est important de souligner le lien entre le traité fondateur de la Communauté Économique européenne et ce qui amènera plus tard au service universel. Le Traité va instaurer les premières normes de mise en concurrence des entreprises et de ce fait, va menacer les mastodontes français du secteur public. Or, bousculer ce système revient à remettre en cause les aides publiques, sur lesquelles s'appuyaient les entreprises pour financer le service public. De ce fait, une fois en concurrence, les opérateurs économiques se concentreraient sur les secteurs rentables et oublieraient certaines catégories de population défavorisées ou éloignées. Le service universel devra donc pallier cet effet néfaste de la mise en concurrence en permettant l'accessibilité de tous à des services déterminés.

A. L'impulsion pour un espace économique commun

Le Traité instaurant la Communauté Économique Européenne de 1957 crée, au risque d'une tautologie, un marché commun et la levée des obstacles à l'échange intracommunautaire afin de réaliser « *une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens* ». C'est l'objectif affiché par les rédacteurs du Traité. Or, le service universel en Europe n'est pas né à la période des accords de Rome. Si sa création ne fut pas rendue nécessaire à cette époque, il ne fait aucun doute que la menace planant sur les services publics n'était alors pas réelle, le service public

n'ayant pas réellement trouvé sa place dans le Traité. Il n'était en réalité qu'une secousse annonçant le séisme que serait l'Acte unique européen pour les services publics. Mais cette alerte fut sans doute minimisée durant les trente premières années du Traité.

La conférence de Messine, qui eut lieu du 1^{er} au 3 juin 1955, réunissant les Ministres des Affaires étrangères des pays membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, était chargée de donner un avenir à une communauté d'États désireux de se rapprocher et ainsi de clore une histoire trop souvent semée de guerres et de conflits. Une tentative de rapprochement avait précédemment échoué, suite au refus de l'Assemblée Nationale française de constituer une Communauté européenne de défense. Les attentes étaient fortes et déjà, la crainte que la construction européenne ne soit bloquée se faisait sentir. À Messine, on décida que le rapprochement des États se ferait en premier lieu par des politiques communes et par la création d'un marché commun. La communauté européenne se construira sur des bases économiques, et non sur des domaines trop politiques ou régaliens, les pères fondateurs tirant les leçons de l'échec de la Communauté européenne de défense.⁶⁶

Un premier État quitta déjà la table des négociations lors de cette conférence. Il s'agit du Royaume-Uni, qui était alors représenté par un gouvernement travailliste. L'État considérait que le projet d'accord sur lequel travaillaient les différents invités de Messine « *devait établir un régime économiquement trop libéral, notamment fondé sur la libre concurrence.* »⁶⁷ Le rapport établi à la suite de la conférence, dit rapport Spaak, du nom du Ministre des Affaires étrangères belge, devait donner les bases du futur traité qui serait conclu par les États membres fondateurs de la communauté. Le rapport exprime la nécessité de fondation d'un marché commun, permettant « *de créer une vaste zone de politique économique commune, constituant une puissante unité de production, et permettant une expansion continue, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et le développement de relations harmonieuses entre les États qu'il réunit* ». ⁶⁸ L'objectif est presque clair dans l'avant-propos du rapport : être capable de suivre le rythme d'expansion des États-Unis, une ambition qui ne pourrait se réaliser que par la création de cette fameuse zone d'échanges libérée des contraintes que représentent les frontières. Si l'extension du marché pour la France doit apporter un certain nombre d'avantages, telles que les économies d'échelle ou une production accrue, des craintes naissent à l'évidence de la perspective d'une telle ouverture. Certains extraits du rapport

⁶⁶ F. LARAT, Histoire politique de l'intégration européenne, Paris, La Documentation française, 2003, p45 et s.

⁶⁷ F. SOUTY, Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne, Montchrestien, 2013, p19.

⁶⁸ Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, Rapport aux chefs de délégation aux Ministres des Affaires Etrangères, dit rapport Spaak, p13.

montrent clairement une menace pour le « service public à la française », notamment lorsque le rapport Spaak affirme que « *la force d'un vaste marché, c'est de concilier la production de masse et l'absence de monopole* ». ⁶⁹

L'idée de ne pas trop attenter à des questions relatives à la souveraineté des États explique sans doute le fait que l'organisation des services publics fut épargnée malgré les orientations du Traité de Rome. A la Libération, de nombreux services publics furent nationalisés et centralisés et finalement, cette politique ne fut pas remise en cause par l'accord de 1957. La politique industrielle, l'aménagement du territoire et les investissements de la France tels que le barrage des Alpes et EDF, l'exploitation du réseau aérien par Air France, la création du RER, sont encore considérés comme un modèle de réussite de la relance économique d'après-guerre qui n'aurait sans doute pas vu le jour si, comme cela a été évoqué, le Traité de Rome avait voulu mettre à bas l'interventionnisme étatique au profit d'une concurrence totale au sein d'un marché commun. ⁷⁰ L'analyse du Professeur François Souty dénonce notamment les préjugés sur le Traité : « *Dans son essence, le droit communautaire de la concurrence n'était pas conservateur ni ultra-libéral, bien au contraire : ce n'est sans doute qu'en France, en Espagne ou en Italie qu'une telle interprétation a pu se développer au départ diffusément, pour devenir un préjugé assez communément répandu dans l'opinion publique.* » ⁷¹ La volonté des pères fondateurs n'était sans doute pas de démanteler les services publics constitués en monopole mais de lutter contre les abus de positions dominantes de grandes entreprises privées, dont certaines furent tenues pour responsables des conflits mondiaux passés.

La création d'un marché commun et la libéralisation de certains secteurs ne relèvent tout de même pas du mirage. Le rapport Spaak souligne la nécessité de créer « *une vaste zone de politique économique commune* », mais qu'il ne fallait pas simplement se contenter d'une zone de libre-échange. Pour rendre l'économie européenne compétitive, il était nécessaire de lever un certain nombre de barrières supplémentaires, d'ordre plus politique et institutionnelle. Au-delà du libre-échange, il faut faire converger les politiques économiques nationales et se libérer des actions individuelles qui seraient de nature à freiner le développement de la zone économique européenne. L'ambition est tout à la fois différente et singulière des autres accords commerciaux mondiaux, symbolisés par le GATT ou l'OECE. ⁷²

⁶⁹ R. LEBOUTTE, Histoire économique et sociale de la construction européenne, Collection « Europe plurielle », n°39, Bruxelles, P.I.E. Lang, 2008, p172.

⁷⁰ F. SOUTY, Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne, *op. cit.*, p21.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² R. LEBOUTTE, Histoire économique et sociale de la construction européenne, *op. cit.*, p173.

Le rapport déboucha sur l'établissement, le 25 mars 1957, d'un Traité instituant la Communauté économique européenne. L'achèvement de ce convoité marché commun ne pourra se faire que par la réalisation de libertés de circulation entre les États membres, que ce soit les personnes, les marchandises, les services ou les capitaux. A raison de ces missions, il convenait d'abolir tout contingentement à l'import comme à l'export et de réaliser une union douanière qui scellerait cette zone économique. Outre les entreprises qui abuseraient de leur position dominante et de ce fait, nuiraient à la concurrence et donc de manière sous-jacente à la compétitivité de la zone européenne et qui sont donc les premières visées, il fallait également surveiller les comportements des États qui auraient tendance à adopter des législations qui pourraient permettre ces attitudes.

Sans dresser une liste exhaustive des articles du Traité, un certain nombre d'entre eux témoignent de cette doctrine. Ainsi, les articles mettent en exergue objectifs et moyens de l'ensemble de l'accord et dépeignent l'ambition économique de la Communauté.

B. La mise en place du marché commun par le Traité

L'article 2 du Traité, en ce qu'il définit la nature du prochain rapprochement entre les États, décrit un marché commun censé garantir le développement de la Communauté toute entière. L'établissement de ce marché aura des conséquences bénéfiques, qui sont prédites dans ce même article. Le marché commun, que l'accord définit en une périphrase comme « un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté », permettra « une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit. » Certes, cette disposition ne semble guère prescriptive, mais définit tout de même une volonté claire et détaillée tout au long des articles suivants.

Notamment, l'article 3 dresse une liste des objectifs que cette Communauté se devra de remplir : « l'élimination (...) des droits de douane » ; « l'établissement d'un tarif douanier commun » ; « la libre circulation des personnes, des services et des capitaux » ; « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun » ; « le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun » ...

L'impact sur les services publics ne semble pas être clairement identifié à partir de ces objectifs. À l'évidence, le mode d'organisation de ces derniers en France ne semble pas pouvoir coïncider

avec la formation de la Communauté : comment les grands monopoles nationaux français pourraient-ils être en accord avec « *une concurrence non faussée dans le marché commun* » ou « *une libre circulation des services* » ? De même, au vu de l'hétérogénéité des modes d'organisation des services publics au sein de la Communauté, « *le rapprochement des législations nationales* » emportera forcément un certain nombre de conséquences qui ne sont ni connues, ni décrites par le présent Traité.

Pourtant, au fur et à mesure des articles, il ne fait aucun doute du degré d'intégration du marché commun qui veut être créé, et qui impactera forcément le secteur public de chacun des pays membres. Cependant, en l'absence de dispositions claires de l'accord concernant les services publics, la difficulté est de savoir si l'Europe a ignoré, oublié ou remis au futur cette question tant controversée.

La secousse avertissant du séisme sur le secteur public semblait pourtant limpide à la lecture des dispositions. Le marché commun annonçait la fin de la restriction des échanges entre les États membres et la lutte contre les monopoles nationaux.

L'article 12 dispose que « *les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent, et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles.* » Cette disposition a été plus communément nommée la clause de « standstill », permettant « *la réalisation du principe de libre circulation des marchandises et, plus généralement, (les objectifs) de l'article 3 tendant à éviter que soit faussée la concurrence* ». ⁷³ Si l'interdiction de nouveaux droits de douanes entre États semble logique au vu de la volonté de créer un marché commun, le Traité protège la Communauté de tout ce qui peut être assimilable aux droits de douane par la notion de « taxe d'effet équivalent » : « *une charge pécuniaire, fût-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière (...) alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'État, qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale* ». ⁷⁴ Cet article doit être lu conjointement avec l'article 31, lui aussi introduisant une clause de « stand still ». Pour sa part, il dispose que « *les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent* ». L'article vise cette

⁷³ CJCE, 14 décembre 1962, Commission c. Luxembourg et Belgique, 2 et 3/62, Rec. 1962, 813

⁷⁴ CJCE, 1^{er} juillet 1969, Commission c. Italie, 24/68, Rec. 1969, 201 ; CJCE, 1^{er} juillet 1969, Sociaal Fonds voor Diamantarbeiders, affaires jointes 2 et 3/69, Rec. 1969, 222.

fois les restrictions d'importation des États, qui doivent donc être figées : l'instauration de nouveaux contingentements ne sera pas conventionnelle, au même titre que le renforcement des précédents. Une fois encore, cette clause de standstill est renforcée par la jurisprudence ultérieure de la CJCE : elle est d'effet direct « *par sa nature même (...) dans les relations entre les États membres et les justiciables*⁷⁵ » et est absolue, « *elle ne comporte aucune exception, même partielle ou temporaire.* »⁷⁶

L'établissement d'un marché commun solide et sans équivoque semble bien mis en lumière par ces clauses de standstill renforcées par la jurisprudence. La fin de la limitation des restrictions aux importations frappait potentiellement le service public « à la française », les monopoles nationaux et le système de péréquation géographique semblant n'être que très peu adaptables à l'entrée d'une concurrence étrangère chez les usagers français. Pourtant, le Traité ignore l'anticipation des conséquences sur le secteur public.

De manière encore plus claire, le Traité semblait condamner le système français avec la politique qu'il allait réserver aux monopoles. L'article 86 traite des abus de position dominante et vise à mettre un terme à ces pratiques qui nuiraient aux objectifs de la Communauté. Ainsi, « *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.* » Le CJCE insiste sur le fait que l'article 86 est le corollaire de l'article 3f du même Traité « *prévoyant que l'action de la Communauté comporte l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun* ». Cette disposition n'est pas « *un programme général, dépourvu d'effets juridiques* » mais « *un objectif (que le Traité) énonce comme indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté* ». ⁷⁷

La concurrence joue un rôle primordial dans le marché commun, se positionnant comme « *le meilleur stimulant de l'activité économique* » et « *un moyen essentiel pour assurer un degré de satisfaction élevé aux besoins privés et collectifs de nos sociétés* ». ⁷⁸ Autrement dit, si la concurrence est l'antagonisme du monopole pour le Traité, alors les abus de position dominante

⁷⁵ CJCE, 19 décembre 1968, Salgoil, 13/68, Rec. 1968, 661, Grands arrêts de la CJCE, tome I n°30 ; CJCE, 14 juillet 1976, Kramer, 3, 4 et 6/76, Rec. 1976, 1279 ; CJCE, 22 mars 1977, Ianelli et Volpi, 74/76, Rec. 1977, 55 ; CJCE, 29 novembre 1978, Pigs Marketing Board, 83/78, Rec. 1978, 2347

⁷⁶ CJCE, 19 décembre 1961, Commission c/ Italie, 7/61, Rec. 1961, 635.

⁷⁷ CJCE, 21 février 1973, Europemballage et Continental Can, 6/72, Rec. 1973, 215.

⁷⁸ Rapport concurrence 1971, p11

sont eux-mêmes les ennemis de la satisfaction des besoins de la société. Concernant les services publics, la question est de savoir si les monopoles nationaux du secteur public français sont visés par cette disposition sur l'exploitation abusive de la position dominante. L'article 86 ne va pas plus loin dans la description et, n'excluant pas les entreprises publiques, il est logique d'estimer que la disposition s'applique à elles (sous réserve de la conformité à l'article 90§2⁷⁹). L'arrêt de la CJCE *Hoffmann-La Roche* corrobore ce propos : « *La position dominante visée par l'article 86 du Traité concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et, finalement, des consommateurs.* »⁸⁰ De plus, l'interdiction de cet abus de position dominante vise tout autant les entreprises que les États qui ne peuvent « *prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de l'article 86.* »⁸¹

L'établissement du marché commun emporterait donc une série de conséquences sur les règles relatives aux importations et à la concurrence qui ne seraient pas en adéquation avec la vision du service public « à la française ». Pourtant, il existait toujours une ambiguïté sur la manière dont devaient réagir les États-membres concernant leurs secteurs publics, puisque le Traité taisait toute référence aux services publics. La seule est située à l'article 77 disposant que « sont compatibles avec le présent traité les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public. »

Le pilier de la réglementation du secteur public est finalement situé à l'article 90, et notamment son paragraphe 2.⁸² La disposition contient une confirmation, celle que « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence* » mais elle contient surtout une exception, qui alimentera les controverses sur sa portée : « *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ».

⁷⁹ V. *infra*

⁸⁰ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, 85/76 Rec. 1979, 461

⁸¹ CJCE, 16 novembre 1977, I.N.N.O.-A.T.A.B., 13/77 Rec, 1977, 2115.

⁸² Situé au chapitre concernant les règles de concurrence applicables à la Communauté, ce qui tend à placer le service public à la simple place d'exception à la règle de concurrence

Eu égard aux textes et à la jurisprudence ultérieure relative à leur interprétation, cette exception semble à la fois floue mais strictement encadrée. D'une part, le paragraphe 1 de ce même article, en disposant que « *les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité* », utilise le terme « entreprise publique » et le deuxième paragraphe le terme de « service d'intérêt économique général ». Le problème est qu'il s'agit de la première fois que le droit communautaire utilise ces termes, si bien que la définition européenne n'est pas encore actée. L'absence de cette définition « *ne doit pas dissimuler le fait que le terme employé à l'article 90, paragraphe 1, du Traité C.E.E. est une notion de droit communautaire, et qu'il ne peut donc être interprété que d'une manière uniforme pour tous les États membres en partant du sens et de l'objectif de cette disposition.* »⁸³ Au-delà de l'imprécision de l'article, il faut souligner le caractère dérogatoire et exceptionnel qui devra caractériser la soustraction des entreprises du secteur public aux règles de la concurrence. La dérogation n'est pas accordée du seul fait qu'une entreprise est publique. La première limitation est contenue dans le paragraphe 2 lui-même, la soumission préalable aux règles du Traité, avec pour exception la mise en échec des obligations de service public : « *Les États membres et les entreprises visées ne sont pas, par principe, dispensés des règles du Traité et particulièrement, des formalités et procédures auxquelles l'autorisation de mesures dérogatoires peut être soumise (...)* C'est dans l'hypothèse du refus d'une telle autorisation qu'ils sont fondés à invoquer le régime exceptionnel prévu à l'article 90§2 à condition de rapporter la preuve de ce que l'application des règles du Traité rendrait effectivement impossible, et pas seulement plus difficile, l'accomplissement de la mission particulière de ces entreprises. »⁸⁴ De plus, le paragraphe 2 ajoute que « *le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.* » Autrement dit, comme le confirme l'arrêt *Hein*, la dérogation aux règles de concurrence n'est pas « *une disposition inconditionnelle* » mais est une « *appréciation des exigences inhérentes, d'une part, à l'accomplissement de la mission particulière impartie aux entreprises dont s'agit et, d'autre part, à la sauvegarde de l'intérêt de la Communauté* ». ⁸⁵

La non-soumission aux règles de concurrence du Traité présente donc un caractère dérogatoire et exceptionnel, et le contrôle est assuré par un ensemble d'acteurs. Selon le paragraphe 3 de

⁸³ Conclusions de l'avocat général Reischl sous CJCE, 6 juillet 1982, Commission c/ France, Italie et Royaume-Uni, aff. jointes 188 à 190/80, Rec. 1982, 2545.

⁸⁴ Conclusions de l'avocat général Rozès sous CJCE, 17 juin 1983, Commission c/ Italie, 78/82, Rec. 1983, 1988.

⁸⁵ CJCE, 14 juillet 1971, Ministère public luxembourgeois c/ Madeleine Muller, veuve J.P. Hein, aff. 10/71

l'article 90 : « *la Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États-membres* ». Les pouvoirs de la Commission sont larges, comprenant notamment, comme dans l'ordonnance de la CJCE *Camera Care Ltd*, la possibilité de prendre des dispositions conservatoires, « *dans la mesure où celles-ci pourraient paraître indispensables (...) pour lui permettre d'exercer de manière efficace ses fonctions.* »⁸⁶ Les autres États membres sont également susceptibles de saisir la Cour sur le fondement de l'article 90, comme l'a précisé la décision *Commission c/ Italie* : « *on doit observer (...) que l'application de l'article 90, paragraphe 2, du traité n'est pas laissée à la discrétion de l'État membre qui a chargé une entreprise de la gestion d'un service d'intérêt économique général. L'article 90, paragraphe 3, confie, en effet, à la Commission, sous le contrôle de la Cour, une mission de surveillance en la matière. On ne saurait, dans ces conditions, exclure l'article 90, paragraphe 2, du traité, des dispositions dont la violation peut être invoquée par tout État membre à l'appui d'un recours en annulation.* »⁸⁷

Le respect des règles de concurrence par les entreprises publiques et par les États membres constitue donc une obligation, assortie simplement d'une exception leur permettant d'effectuer leurs missions de service public, qui doit elle-même être pondérée en fonction du respect de l'intérêt de la Communauté. À ce titre, la Commission veille à l'application de cette disposition et les autres États membres peuvent invoquer l'article 90 devant la CJUE. Le Traité de Rome institue un nouveau régime strict pour les entreprises publiques qui ne semble que peu correspondre à la physionomie du secteur public français au moment de la ratification du Traité.

Alors que la tempête qui s'annonçait à la lecture de cet accord pour le service public français aurait dû faire frémir les entreprises publiques nationales, la situation du secteur public est restée inchangée pendant longtemps. Le service universel n'a pas encore eu « besoin » de naître. Si certains auteurs ont considéré que le Traité de Rome avait ignoré le service public, l'inverse est également vrai durant trente années : le service public français a pu ignorer le Traité de Rome et continuer à fonctionner en assimilant fortement service public et secteur public. Le fait est qu'une sorte de pacte de non-agression implicite sur ce terrain houleux était conclu entre la Communauté européenne et les États membres. Le véritable tournant de la politique publique

⁸⁶ CJCE, 17 janvier 1980, *Camera Care Ltd* (ordonnance) 792/79 R, Rec. 1980, 119.

⁸⁷ CJCE, 20 mars 1985, *Commission c/ Italie*, 41/83, Rec. 1985, 873.

communautaire sera marqué par la signature de l'Acte unique européen qui fera basculer la conception du service public en Europe.

2§ L'Acte unique européen, élément déclencheur d'une remise en cause des services publics

L'Acte unique européen a compté parachever le marché intérieur en Europe (A) par le biais d'un processus rapide (B). Paradoxalement, il s'agit peut-être de l'acte de naissance du service universel. Face à la mise en concurrence des différents secteurs publics, le besoin s'est fait ressentir de protéger les usagers les plus vulnérables géographiquement et socialement de la fin du système des aides publiques garanties par le service public « à la française ».

A. La volonté d'achèvement du marché intérieur

La Communauté européenne comprit qu'il fallait tirer un bilan de la politique du marché commun qui fut menée depuis le Traité de Rome. Il est vrai que les années 1980 sont marquées par la fin des Trente glorieuses et par une évolution vers une période d'incertitude économique qui contraste fortement avec les décennies qui ont suivi la Seconde Guerre Mondiale. Si bien qu'à la recherche de solutions à cette ère de marasme, la commission spéciale du Parlement européen en charge de la relance économique commanda deux rapports aux économistes Michel Albert et James Ball en 1983 et Paolo Cecchini en 1988 pour évaluer ce qui a été appelé « *le coût de la non-Europe* ». Le bilan de la politique du marché commun du Traité de Rome est peu reluisant à la lecture de ces rapports et les trois économistes vont préconiser l'intensification de l'intégration du marché européen afin de résoudre les désordres économiques que connaît la Communauté. Le rapport Albert-Ball va même précisément chiffrer l'inefficacité de ce marché : « *L'absence de véritable marché commun [...] et tous les autres obstacles au commerce équivalent à une surcharge financière qui représente certainement approximativement une semaine de travail par an en moyenne pour chaque ménage d'Europe* ». Les Européens travailleraient donc une semaine par an dans le seul but de compenser la non-réalisation d'un marché unique. L'ennemi nuisant à l'économie européenne est clairement identifié à la lecture du rapport : « *le principal obstacle à la croissance économique des pays européens est ce qu'il convient d'appeler la « non-Europe » [...] qui décline sur la pente glissante de la non-croissance* ». La relance de l'économie européenne pourrait donc trouver son salut dans un marché libéré de plus d'obstacles à l'échange intracommunautaire. Cinq ans après, le rapport Cecchini donne lui aussi un chiffre : la

réalisation du marché unique libéré des contraintes permettra une croissance du PIB de la Communauté à hauteur de 4,5%, espérant même 6,5%.

Le premier rapport provoqua une réaction de la Communauté européenne, qui souhaita mettre en œuvre ces préconisations. Les chefs d'États européens se réunirent à Milan en juin 1985 pour prendre la mesure du travail restant à accomplir afin de réaliser un véritable marché unique, parvenant « *à la conclusion que cet objectif ambitieux ne saurait être atteint si le processus de décision de la Communauté n'était pas revu dans son ensemble.* »⁸⁸

B. Le processus d'achèvement du marché intérieur

La critique vise le recours à l'unanimité lors des décisions prises par le Conseil européen. Au regard du Traité de Rome, le vote à la majorité qualifiée se devait d'être la règle et l'unanimité son exception. L'article 148 du Traité de Rome dispose que « *sauf dispositions contraires du présent traité, les délibérations du Conseil sont acquises à la majorité des membres qui le composent* ». Or en pratique, l'usage du vote à l'unanimité fut très souvent la règle. Cet état de fait est vu comme le corollaire de la position française et de la politique de la « chaise vide » au sujet du financement de la politique agricole commune. La France refusant de siéger jusqu'à avoir trouvé un accord, le « compromis du Luxembourg », signé le 29 janvier 1966, marque l'avènement du droit de veto des États européens. Les deux premiers points du compromis décrivent cette volonté : « *Lorsque, dans le cas de décisions susceptibles d'être prises à la majorité sur proposition de la Commission, des intérêts très importants d'un ou plusieurs partenaires sont en jeu, les membres du Conseil s'efforceront, dans un délai raisonnable, d'arriver à des solutions qui pourront être adoptées par tous les membres du Conseil dans le respect de leurs intérêts mutuels et de ceux de la Communauté, conformément à l'article 2 du traité* » et de poursuivre « *la délégation française estime que, lorsqu'il s'agit d'intérêts très importants, la discussion devra se poursuivre jusqu'à ce que l'on soit parvenu à un accord unanime.* »⁸⁹ A l'inverse du traité de Rome, ce compromis était totalement dépourvu d'effets juridiques, mais fut pourtant très largement respecté, et utilisé à de nombreuses reprises, notamment par le Royaume-Uni. Logiquement, la conséquence du vote à l'unanimité est la facilitation du blocage de décisions et d'âpres négociations entre les États.

⁸⁸ X. DE ROUX et M-F SCHMIDT, L'acte unique européen, Actualités communautaires Numéro spécial 1989 Paris, Juridictionnaires Joly, 1989, p.54.

⁸⁹ Accord du 29 janvier 1966

Ce processus est décrié en 1985 par les chefs d'État, qui considèrent le recours à l'unanimité comme un obstacle à la réalisation du marché unique. Ce fut l'un des chantiers les plus importants de l'Acte unique européen, signé le 2 novembre 1986. Ses rédacteurs étaient « *soucieux de rompre avec la routine et de mettre un terme à l'engrenage habituel – bonnes résolutions, discussions interminables, absence de décision – dans lequel la Communauté s'enlisait trop souvent* ». ⁹⁰ L'Acte unique devait permettre d'accélérer le mécanisme de prise de décision permettant à terme de réaliser le marché unique et un recours à la majorité qualifiée abondant et effectif était le moyen de parvenir à cet objectif. Il a suivi l'avis du comité Dooge, chargé des questions institutionnelles européennes, qui préconisait dans son rapport « *l'adoption d'un nouveau principe général selon lequel les décisions devront être prises à la majorité qualifiée ou simple. L'unanimité restera requise dans certains cas exceptionnels, en nombre nettement réduit par rapport aux traités actuels et dont la liste sera limitativement énumérée.* » ⁹¹ La réalisation du marché intérieur sera donc décidée par la Communauté à la majorité qualifiée. L'article 100A ajouté au traité de Rome par l'Acte unique européen témoigne de ce fait : « *le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission en coopération avec le Parlement européen et après consultation du comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.* » La règle de la majorité qualifiée pénètre donc les décisions concernant l'établissement du marché intérieur, afin d'accélérer le processus. Elle couvre également dès 1986 un ensemble de sujets auparavant soumis au vote unanime des États membres. Elle intéresse désormais les modifications ou suspensions autonomes des droits du tarif douanier commun ⁹², les mesures qui étendent aux ressortissants des pays tiers le bénéfice des dispositions relatives à la libre prestation des services ⁹³, les mesures tendant à la libéralisation des mouvements de capitaux entre les États membres et les États tiers ⁹⁴ ou encore les mesures concernant la politique commune dans le secteur des transports maritimes et aériens. ⁹⁵

⁹⁰ X. DE ROUX et M-F SCHMIDT, L'acte unique européen, *op. cit.*, p51

⁹¹ Rapport du Comité ad hoc pour les questions institutionnelles adressé au Conseil européen de Bruxelles, 29 et 30 mars 1985, p10.

⁹² Article 28 du Traité CEE

⁹³ Article 59-2 du Traité CEE

⁹⁴ Article 70-1 du Traité CEE

⁹⁵ Article 84-2 du Traité CEE

L'accélération du processus d'achèvement du marché intérieur est donc en partie réalisée par ce recours massif au vote à la majorité qualifiée. Certains des sujets, qui n'étaient pas abordés ou validés par la Communauté, à cause de certains enjeux ou particularismes nationaux, peuvent désormais être adoptés sans risque de veto d'un État membre. Or l'achèvement du marché intérieur modifiera indéniablement le secteur public de certains États membres, qui ne peuvent désormais plus bloquer à eux seuls la décision du Conseil.

Outre ces modifications de forme, le fond est également impacté par l'Acte unique européen, mais de manière indirecte. Le texte ne fixe que des objectifs d'achèvement du marché intérieur sans prescrire de mesures ayant un effet direct sur son fonctionnement. Cette manière de faire évoluer le marché conduira Pierre Bauby à utiliser la formule : « *L'Acte unique de 1986, rien ne change, tout change !* ». ⁹⁶ L'article 13 de l'Acte unique, inséré en tant que article 8A du Traité CEE, dispose comme suit que « *La communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 [...] Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité.* » Un lien évident est alors fait avec l'article 8 du traité de 1957 qui disposait pour sa part que « *Le marché commun est progressivement établi au cours d'une période de transition de douze années.* » Le texte de 1986 confirme par cet article son objectif : l'achèvement du marché intérieur et la finalisation des dispositifs non achevés du précédent accord. La sémantique de l'article conforte cette idée, puisque le terme de « *transition* » disparaît, fixant simplement une date limite : le 31 décembre 1992. De même, l'approfondissement de la construction du marché se révèle par le passage d'un « *marché commun* » à un « *marché intérieur* ». Il s'agit d'aller au-delà, de franchir un palier supplémentaire dans l'harmonisation et l'homogénéité du marché européen. ⁹⁷ L'article 13 de l'Acte unique européen ne va pas plus loin dans la description des moyens concrets d'achèvement du marché intérieur ; il renvoie à d'autres dispositions déjà présentes dans le traité de Rome, certes modifiées de manière relative afin de s'adapter aux nouvelles modalités de vote du Conseil. Cet article ne serait donc qu' « *une disposition à caractère général fixant des objectifs dont la réalisation est assurée par d'autres dispositions.* » ⁹⁸

⁹⁶ P. BAUBY, L'europanisation des services publics, La bibliothèque du citoyen, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p43.

⁹⁷ L'achèvement du marché européen, significations et exigences (sous la direction de L. Reboud), Paris Economica 1987

⁹⁸ J. DE RUYT, L'Acte unique européen, Bruxelles U.L.B. 1987, p.149 s.

En fait, la disposition tire son essence du Livre blanc de la Commission Européenne sur l'achèvement du marché intérieur du 14 juin 1985. Il y est parfaitement décrit la volonté d'accélération du processus d'achèvement du marché intérieur, corrélant ainsi les propos des deux rapports sur le coût de la non-Europe. L'unification prescrite par l'article 8A se devra, selon le Livre blanc, d'être « *un programme assorti d'un échéancier réaliste et contraignant* ». Il dresse un bilan peu reluisant de la réalisation du marché commun par le traité originel. Sur la réalisation de la libre circulation des services, il est constaté que « *non seulement elle n'a pas été exécutée pendant la période de transition, mais elle ne l'a pas été du tout, à quelques rares domaines près. Et, fait inadmissible, il en est toujours ainsi.* » Le Livre tient les États pour responsables de cette réalisation trop partielle du marché commun : « *chaque État membre s'est en effet employé à protéger ce qu'il croyait être ses intérêts immédiats, et ceci, non seulement contre les pays tiers, mais également contre ses partenaires de la Communauté. De plus en plus, les États membres ont cherché à protéger leurs marchés nationaux et leurs industries par le biais et l'emploi de fonds publics en vue d'aider et de maintenir des sociétés non-viables.* » Devant ce bilan est proposé un achèvement du marché intérieur par trois biais : l'élimination des frontières physiques, techniques et fiscales. Le Livre conclut que « *L'Europe est arrivée à la croisée des chemins. Soit elle va de l'avant, avec fermeté et détermination, soit elle retourne à la médiocrité.* » Sans achèvement du marché commun, l'Europe ne serait qu'une simple « *zone de libre-échange.* » « *Jamais cette Europe-là ne parviendrait à mobiliser les forces vives de ses peuples, à tirer le meilleur parti de ses immenses ressources économiques ni à satisfaire les aspirations de ses citoyens.* »⁹⁹

La détermination européenne à achever le marché intérieur va être mise en œuvre durant les années qui suivent l'Acte unique européen. Un ensemble de directives va être mis en place permettant de renforcer l'homogénéité entre les États. Suivant les termes du Livre blanc, l'Europe s'est empressée de supprimer les contraintes et les pratiques qui freinaient l'harmonisation et les échanges entre les services, et les politiques des États qui protégeaient leurs entreprises. Le secteur prépondérant de ces différentes réformes sera celui des entreprises de réseaux. En effet, en finir avec les frontières au sein de l'Europe, cela revient nécessairement à ouvrir plusieurs secteurs qui permettent les liaisons interétatiques, tels que les transports qui permettront de voyager d'un État à l'autre ou encore les télécommunications dont le rôle est sans conteste capital pour renforcer la coopération interétatique. Or, à la fin des années 1980,

⁹⁹ Livre blanc de la Commission Européenne sur l'achèvement du marché intérieur du 14 juin 1985, p9 points 219 et 220

tous ces secteurs font, dans chacun des États membres, encore largement partie du secteur public. Ce sont, comme nous invite à les appeler le vocabulaire européen, des services d'intérêt économique général, des services publics soumis dans de nombreux États à un droit dérogatoire et plus particulièrement en France, où la tradition relative aux services publics en fait des secteurs clés de l'économie. Cela explique en quoi l'Acte unique européen va venir bouleverser les services publics beaucoup plus que le traité de Rome : l'achèvement du marché intérieur remet en cause l'organisation traditionnelle des services publics, là où personne ne s'était aventuré sous l'empire de la première version du traité : « *les premières années de la construction européenne sont marquées par une absence quasi-totale de mesures normatives ou de décisions juridictionnelles relatives au service public. Pendant plus de trois décennies on a vécu sous la double ambiguïté des articles 222 et 90, al 2.* »¹⁰⁰

Plusieurs directives adoptées au cours des années 1990 se sont attelées à parachever le marché intérieur en modifiant l'organisation des services publics. Tout d'abord, une directive de 1991 relative au secteur ferroviaire, considérée comme celle qui a lancé la libéralisation du secteur, prescrivait la séparation entre l'exploitation des services de transport et la gestion de l'infrastructure.¹⁰¹ Cette directive imposait en fait la séparation comptable des activités, la première pierre à l'édifice de la libéralisation. Le premier « paquet ferroviaire » de 2001 renforce cette séparation et requiert la création d'autorités de régulation indépendantes¹⁰², puis le deuxième paquet de 2004 fixe l'ouverture à la concurrence du marché ferroviaire du fret international de marchandises dès le 1^{er} janvier 2006 et de l'ensemble du fret le 1^{er} janvier 2007.¹⁰³

Le secteur aérien est également ouvert à la concurrence à la suite de l'Acte unique européen : après la libéralisation du transport aérien de marchandises par un règlement de 1991, le Conseil adopte un nouveau paquet « *visant le libre exercice des activités de l'air* » au 1^{er} janvier 1993.¹⁰⁴

Quant au secteur des télécommunications, souvent érigé par l'Europe en exemple des bienfaits de la libéralisation des anciens secteurs historiquement publics, il connut, dès 1990, deux directives qui ont visé à l'harmonisation des services et à l'abolition des droits exclusifs ou

¹⁰⁰ J.M RAINAUD, La crise du service public français, 1. éd, Que sais-je 3482, Paris, Presses Univ. de France, 1999

¹⁰¹ Directive 91/440/CEE du 29 juillet 1991

¹⁰² Directives 2001/12/CE, 2001/13/CE et 2001/14/CE

¹⁰³ Directive 2004/51/CE

¹⁰⁴ Règlements 2407/92/CEE, 2408/92/CEE et 2409/92/CEE

spéciaux pour tous les services hors la téléphonie vocale.¹⁰⁵ Cette dernière fut à son tour l'objet d'une directive relative à sa libéralisation dès 1996.¹⁰⁶

Les institutions européennes ont continué l'œuvre de libéralisation de ces secteurs mais encore de biens d'autres¹⁰⁷ et ont fortement impacté l'organisation des services publics en France, ce qui suscita de nombreuses réactions. Le processus de séparation comptable puis de libéralisation ne correspond pas à ce qui a été longtemps appelé « le service public à la française », fonctionnant sur la base d'un interventionnisme de l'État et d'une organisation autour d'un monopole. La Constitution française elle-même rappelle que « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». ¹⁰⁸ Le Conseil d'État a décrit les services publics comme « *une zone intermédiaire entre la puissance publique et les entreprises ordinaires* ». Pierre Bauby expliqua qu'en France « la notion de « service public » s'est construite de manière emblématique : fondement, principe explicatif de l'ordre juridique administratif, cette notion a également été à la base d'une véritable théorie de l'État, en tant que critère de légitimation de son intervention ». ¹⁰⁹ L'Acte unique européen heurte de plein fouet cette vision traditionaliste de l'organisation des services publics en France. La Commission a même rappelé dans sa première communication que « *l'on confond souvent, à tort, service public avec secteur public (y compris fonction publique) c'est-à-dire mission et statut, destinataire et propriétaire.* » ¹¹⁰

L'affrontement entre ces deux visions du service public a d'abord lieu dans les tribunaux. L'achèvement du marché intérieur et la libéralisation conduisent à des conflits juridiques sur deux terrains : un contentieux relatif aux aides d'État et un autre concernant les positions dominantes sur le marché. Sur le premier, l'affaire dite *Alfa Romeo* tend à illustrer l'intransigeance européenne et sa politique sur les aides d'État. La société automobile faisait partie d'un holding public qui devait notamment lui permettre de faire face à la crise pétrolière des années 1970. À ce titre, plus de 206 milliards de liras italiennes furent injectées pour la société Alfa Romeo. La CJCE a considéré cet octroi comme illégal, arguant qu' « *en qualifiant, dans ces conditions, d'aide incompatible avec le marché commun les apports de capitaux effectués par un organisme public, la Commission n'a en rien porté atteinte au régime de la*

¹⁰⁵ Directives 90/387/CEE et 90/388/CEE du 28 juin 1990

¹⁰⁶ Directive 96/19/CE du 13 mars 1996

¹⁰⁷ Voir chapitre 2

¹⁰⁸ Alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946

¹⁰⁹ P. BAUBY, L'europanisation des services publics, *op. cit.*, p15

¹¹⁰ COM (96) 443

propriété publique et n'a fait que traiter de façon identique le propriétaire public et le propriétaire privé d'une entreprise. [...] toute aide dont elle bénéficie de la part des pouvoirs publics est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres et de porter atteinte à la concurrence. »¹¹¹ La CJCE se veut donc garante de la concurrence et condamne ainsi des distorsions à celle-ci par le biais d'aides d'État accordées à des entreprises publiques dont ne bénéficieraient pas des entreprises détenues par un capital privé. Quant aux places des monopoles, la CJCE a revu sa position initiale pour devenir une nouvelle fois plus intransigeante.

Ainsi en premier lieu, l'arrêt *Sacchi* évoque la position de l'État italien conférant un droit exclusif à la Radio audizione italiana (RAI) ; la Cour était saisie aux fins de trancher de la « *compatibilité avec le traité de certaines dispositions de la législation italienne réservant à l'État l'exclusivité de l'exploitation de la télévision par câble, et plus particulièrement encore, pour autant que cette exclusivité s'étende à la publicité commerciale.* » Le requérant faisait valoir l'application de l'article 37 du traité CEE, disposant que « *les États membres aménagent progressivement les monopoles nationaux présentant un caractère commercial.* » La Cour retient la qualification de prestation de services pour la RAI, ce qui conduit à ne pas lui rendre applicable l'article 37 qui concerne les entreprises à caractère commercial. Sur la légalité de la position de monopole, la Cour affirme très clairement que « *l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à qui un État membre accorde, au sens de l'article 90, des droits exclusifs, ou l'extension de ces droits, consécutive à une intervention nouvelle de cet État n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86 du Traité.* »¹¹² La Cour valide donc le droit exclusif conféré par l'État italien.

Postérieurement à l'Acte unique européen, la Cour va se montrer nettement moins tolérante à l'égard des droits exclusifs conférés par les États. L'arrêt *Port de Gênes* démontre le ton différent à cet égard de la CJCE. L'Italie, en vertu de son article 110 du Code de la navigation, réservait un certain nombre d'activités portuaires, telles que le débarquement ou tout autre mouvement de marchandises, à des compagnies de nationalité italienne, employant des travailleurs italiens uniquement. La Cour démontre la position dominante de ces compagnies sur l'activité portuaire par le biais de l'octroi de droits exclusifs et argue que « *le débarquement des marchandises aurait pu être effectué à moindres frais par l'équipage du navire, de sorte que le recours obligatoire aux services des deux entreprises investies de droits exclusifs a*

¹¹¹ CJCE, 21 mars 1991, République italienne c/ Commission, aff. C305/89

¹¹² CJCE, 30 avril 1974, Guisepe Sacchi, aff. 155/73, Rec. 411

entraîné des coûts supplémentaires. » Dès lors, elle en conclut que « *l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE, en relation avec les articles 30, 48 et 86 de ce traité, s'oppose à une réglementation d'un État membre qui confère à une entreprise établie dans cet État le droit exclusif d'organiser les opérations portuaires et oblige celle-ci à recourir, pour l'exécution de ces opérations, à une compagnie portuaire composée exclusivement de travailleurs nationaux.* »¹¹³ L'analyse de ces deux arrêts démontre la rigidification à l'égard des droits exclusifs de la CJCE. Si l'intérêt public sauvegardait dans l'arrêt *Sacchi* la possibilité d'octroi de droits exclusifs, la Cour n'hésite pas, dans l'affaire *Port de Gênes*, à constater l'illégalité de cet octroi eu égard à l'article 90 du Traité CEE. La Cour prend désormais toute sa place dans le contrôle de la concurrence à l'intérieur des secteurs publics nationaux.

La France a également contesté la position européenne à l'égard des monopoles lors d'un contentieux visant le secteur des télécommunications. La directive *Terminaux de communication*¹¹⁴ oblige les États membres à abolir « *les droits spéciaux ou exclusifs d'importation, de commercialisation, de raccordement, de mise en service ou d'entretien d'appareils terminaux.* » La France, soutenue par un certain nombre d'autres États membres, introduit une requête en vue de l'annulation partielle de cette directive. La Professeure Martine Lombard dépeint la décision comme la digue ébréchée qui a conduit à la marée. L'avocat général reconnaît que « *la circonstance qu'un monopole puisse ne pas être en parfaite harmonie avec un système de concurrence est une évidence.* » Néanmoins, il admet que les auteurs l'ont « *nécessairement pris en considération* » et l'ont « *toléré par la rédaction même qu'ils ont retenue pour l'article 90* ». La Cour n'a pas suivi l'avocat général, « *celle-ci s'est contentée de remarquer benoîtement que les monopoles ne sont, par nature, pas compatibles avec la logique de libre circulation qui est celle du traité.* » Martine Lombard considère que « *sous une apparence banale, l'arrêt qu'elle a rendu en 1991 pour rejeter le recours de la France a été proprement révolutionnaire par ses conséquences en cascade.* »¹¹⁵

L'affrontement judiciaire entre la manière dont doivent être gérés les secteurs publics entre les États et la Communauté ne fut pas la seule collision. Des échanges tendus ont eu lieu sur la place publique, un certain nombre de personnalités en France n'hésitant pas à violemment condamner l'attitude européenne vis-à-vis des services publics : des personnalités du monde politique, comme Alain Juppé qui estimait que « *Bruxelles aurait pour objectif de casser les*

¹¹³ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, aff. C-179/90

¹¹⁴ Directive 88/301/CEE du 16 mai 1988

¹¹⁵ M. LOMBARD, *L'état schizo*, Paris, Lattès, 2007

services publics pour introduire le système privé et la concurrence dans tous les domaines. »¹¹⁶ mais également des sociologues tels que Pierre Bourdieu qui se positionnait en « soutien à tous ceux qui luttent [...] contre la destruction d'une civilisation, associée à l'existence du service public. »¹¹⁷ La critique la plus reprise par la doctrine fut certainement celle, non pas politique ni sociologique mais juridique, du Conseil d'État qui affirma que « l'Europe n'instruit pas le procès du ou des services publics : elle fait pire ; elle ignore largement la notion du service public et l'existence des services publics. »¹¹⁸

L'avancée de la concurrence et la fin des droits exclusifs va changer radicalement le paysage économique français. Les grandes entreprises gérant des services publics devront trouver de nouveaux mécanismes moins opaques pour financer les obligations en découlant. Le service universel naît de cette nécessité de financement clair et transparent.

Section II : Le service universel retenu par une politique économique-centrée

Alors que le traité de Rome semblait clairement ignorer le service public, que l'Acte unique européen comptait réaliser l'achèvement du marché intérieur, comment en est-on arrivé en Europe à parler d'un service universel ? Le droit communautaire, si volontariste dans la libre circulation entre les États, aborde une notion qui n'est pas simplement du domaine économique mais qui est liée à des problématiques d'intérêt général et de respect du principe de subsidiarité des États-membres. Néanmoins, la politique européenne de restriction de la dépense publique et l'influence des thèses néolibérales empêche aujourd'hui un véritable développement du service universel (1§). Une évolution sous la pression des États membres et de la jurisprudence conduit à une approche européenne nouvelle concernant les services publics (2§).

1§. Le contexte juridico-économique à l'origine d'une faiblesse de la notion

Le service universel est, à n'en pas douter, un instrument au fort potentiel. La consécration juridique d'un droit d'accès à un service public en tout point géographique, à un prix abordable, est ambitieux. Pourtant, la notion ne semble pas témoigner de l'état d'esprit régnant en Europe depuis les années 1970. Le potentiel du service universel est en fait proportionnel à l'importance que veut lui donner le législateur. Or, le contexte ne semble pas donner la priorité à cette

¹¹⁶ Les Echos, 13 décembre 1995

¹¹⁷ L'Humanité, 14 décembre 1995

¹¹⁸ Conseil d'Etat, Rapport public pour 1994

ambition. La théorie du New Public Management témoigne d'une époque de rationalisation et de rendement du secteur public ; le service universel, lui, s'applique à offrir une prestation sur les zones non-rentables (A). Il est d'une logique mathématique implacable que si le service universel a pour objet l'élargissement à tout citoyen d'un accès à un certain nombre de services primordiaux et ce quelle que soit la rentabilité attendue, il finira par en coûter à un acteur économique. Pour continuer dans ce raisonnement tautologique, si ce service se situe dans le secteur public, le financement sera public. De manière assez claire, le service universel aura un prix pour l'État. Or, un certain nombre de dispositions se sont succédé, impulsées au niveau européen. Ce contexte de rationalisation budgétaire a également un impact sur les ambitions confiées au service universel (B).

A. Une notion freinée par l'avènement du New Public Management

1. *L'ère de la rationalisation symbolisée par le New Public Management*

Le service public, tel qu'il s'est développé aujourd'hui en France, est souvent caractérisé par une formule que l'on entend encore régulièrement : un « moteur de la cohésion sociale ». Cette idée, bien ancrée chez les Français, provient en partie des principes juridiques attachés au service public. La continuité et l'égalité, tout particulièrement, démontrent que le système de services transcende et dépasse d'autres services qui ne portent pas le sceau de l'intérêt général. Le service public est l'apanage des usagers et non pas des clients. Si certains aspects commerciaux du service public existent bien, l'existence du SPIC en étant la preuve, les priorités du service public étaient assez largement considérées comme étant la procédure et les principes qui devaient être respectés plutôt que la consommation du service par l'utilisateur. Une certaine idée du service public, parfois très éloignée de celle des autres pays européens, mais qui permettait d'offrir ce qualificatif de « moteur de la cohésion sociale » au service public.

La pensée économique néo-libérale s'est développée au cours des années 1970. Portée par des économistes à renommée internationale et conseillant plusieurs chefs d'État, à l'instar du Président Reagan ou de Margaret Thatcher, la vague d'une nouvelle pensée remettant le libéralisme au cœur de la réflexion économique atteindra également la France. Elle apporte avec elle de nouvelles théories sur la place que doit tenir l'État face au marché, sur l'utilisation des deniers publics et sur l'organisation structurelle de l'administration. Le néo-libéralisme de Friedrich von Hayek ou de Milton Friedman est une idéologie qui va donner naissance à un

certain nombre de théories et de pratiques en vogue à la fin du siècle, dont le fameux New Public Management, ou Nouvelle Gestion Publique, qui va bouleverser les modes d'organisation des services publics de nombreux pays.

Pourtant, plusieurs auteurs et théoriciens réfutent la filiation du New Public Management à l'école de pensée néolibérale. En effet, ils en donnent une définition au « *caractère fuyant, multiforme et incomplet* ». ¹¹⁹ Il ne serait en aucun cas lié à un courant de pensée, ni même à l'application d'une idéologie ! Il s'agit plutôt de tirer les leçons d'un État providence qui ne serait pas adapté à l'économie de marché en utilisant des outils qui ne proviennent pas d'une idéologie mais d'une réflexion pragmatique. Finalement, vendu ainsi, le New Public Management s'est étendu à de nombreux pays, les anglo-saxons en premier lieu (le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande de façon radicale et rapide, suivis par les Etats-Unis) puis l'Allemagne, la Suisse et les Pays-Bas. ¹²⁰ La France, de par les spécificités de son administration publique, semblait éloignée des réformes induites par le New Public Management. Pourtant, au fur et à mesure, elle s'engagea également dans ce processus.

Le New Public Management est la justification de plusieurs réformes grâce à des outils qui doivent permettre à un État de faire des économies, d'atteindre une meilleure efficacité et d'avoir une meilleure rentabilité : ainsi, la dépense publique obéit à de nouvelles lois : Economy, Efficiency and Effectiveness (les 3 E). Ces objectifs sont la source de nombreuses réformes ayant impacté plusieurs administrations des plus grandes puissances du monde. Ils sont nés de plusieurs facteurs, qui ont conduit à une remise en cause de la gestion des services publics.

Parmi ces facteurs ayant conduit à l'avènement du New Public Management, la question de la gestion du déficit public de l'État et des collectivités locales semble déterminante. La rationalisation des dépenses en vue d'un meilleur équilibre structurel des comptes publics justifie le questionnement sur une modification de la gestion que le New Public Management entend en partie résoudre. Les dépenses sociales ont augmenté sous l'effet de plusieurs facteurs et une nouvelle approche des finances publiques fut rendue nécessaire. Cette problématique est encore aujourd'hui cruciale dans la plupart des pays alors que le laboratoire d'idées du NPM fourmille depuis les années 1970. En plus de ce nouveau contexte économique difficile,

¹¹⁹ P. URIO, La gestion publique au service du marché, in La pensée comptable : État, néolibéralisme, nouvelle gestion publique, Genève, Graduate Institute Publications, 1998, p.4

¹²⁰ J. MONKS, La nouvelle gestion publique : boîte à outils ou changement paradigmatique ? in La pensée comptable : État, néolibéralisme, nouvelle gestion publique, Genève, Graduate Institute Publications, 1998, §6

l'apparition de l'économie mondialisée soutenue par une nouvelle idéologie néo-libérale offrit un terreau fertile à l'apparition du New Public Management. Ces nouveaux outils de gestion furent très utilisés par différentes politiques publiques pour apporter une réponse à ces nouvelles difficultés. Ce succès s'explique sans doute en partie par le fait que le NPM ne veut pas être catalogué comme une idéologie mais se veut pragmatique, à tel point que son utilisation devient une nécessité incontournable pour sortir du contexte économique maussade. « *La nouvelle gestion publique propose un ensemble de principes et de méthodes [...] qui visent à améliorer l'efficacité de l'État en adaptant mieux l'offre de services publics aux besoins des usagers. Ces principes et méthodes ne découlent pas d'une idéologie néolibérale qui tenterait d'imposer les lois du marché à la sphère publique. Ils résultent plutôt d'expériences réalisées dans de nombreuses collectivités locales et nationales.* »¹²¹

Ces réflexions conduisent à s'interroger comme le fait Joost Mönks : la Nouvelle Gestion Publique est-elle une « *boîte à outils ou un changement paradigmatique* »¹²² ? Pour certains donc, il ne s'agit ni plus ni moins que de répondre à un nouveau contexte économique devant lequel usagers et pouvoirs politiques sont impuissants et qu'il s'agit de s'y adapter. Cette réflexion n'est pas sans conséquence : cela insinue qu'il n'y a pas d'autres idéologies, d'autres valeurs à exploiter ; il convient de s'adapter au nouveau contexte. Le Professeur Paolo Urrio s'interroge à ce titre : « *Sans référence à des valeurs fondamentales (et non instrumentales, comme c'est le cas pour les « 3 E »), comment procéder au choix des priorités, entreprise qui, comme le savent tous ceux qui s'y sont sérieusement attaqués, ne peut être réglée que par une approche qui se fonde non seulement sur le simple calcul économique, mais aussi et surtout sur des considérations politiques, voire idéologiques ? (...) Est-ce que les adeptes de la NGP considéreraient que nous sommes arrivés à la fin de l'histoire ? À la fin des idéologies ? Ou plus exactement qu'il n'y aurait plus que les valeurs des « 3 E » ?* »¹²³

Si le NPM est décrit par ses adeptes comme plus technique qu'idéologique, l'analyse de sa substance réelle et des conséquences des réformes qu'il a engendrées en droit des services publics français doit permettre d'en dégager une approche plus cernée.

¹²¹ J. D. DELLEY, Nouvelle gestion publique : le débat n'est pas clos, 1997, p70.

¹²² J. MONKS, La nouvelle gestion publique : boîte à outils ou changement paradigmatique ?, *op. cit.*

¹²³ P. URIO, La gestion publique au service du marché, in La pensée comptable : État, néolibéralisme, nouvelle gestion publique, *op. cit.*, §15

Les préconisations du NPM ont été listées, ce qui permet de mettre en lumière une idéologie qui se dégage de la Nouvelle Gestion Publique. Ont alors été décrits plus clairement principes et outils de la NGP :

<i>Principes de la NGP</i>	<i>Outils de la NGP</i>
<i>Séparer la prise de décision stratégique, qui relève du pouvoir politique, de la gestion opérationnelle, qui est sous la responsabilité de l'administration ; Distinguer ainsi les tâches de financeurs, acheteurs et prestataires des services publics.</i>	<i>Négociation de contrat de prestations, qui fixent des indicateurs de performance à atteindre dans un délai imparti, entre les autorités politiques (parlement, gouvernement) et les responsables des services administratifs.</i>
<i>Orienter les activités administratives en fonction des produits à fournir (plutôt que des règles procédurales à suivre, en matière d'affectation des ressources notamment).</i>	<i>Attribution de budgets globaux aux gestionnaires publics qui disposent d'une large marge de manœuvre pour satisfaire à leurs critères de rendement.</i>
<i>Réduire la hiérarchie, amincir les bureaucraties, décentraliser certaines tâches administratives et déléguer la gestion au niveau le plus bas (selon le principe de subsidiarité).</i>	<i>Création d'agences exécutives et de structures organisationnelles plus flexibles ainsi que déréglementation de certains statuts de la fonction publique en introduisant des mandats individualisés et le salaire au mérite.</i>
<i>Introduire des mécanismes de type marché dans la production de biens et services d'intérêt général (y compris en créant des quasi-marchés).</i>	<i>Mise au concours pour la fourniture de certaines prestations (marchés publics), déréglementation des monopoles publics et introduction de bons (vouchers) aux usagers qui choisissent librement leurs fournisseurs.</i>
<i>Créer de la transparence sur la qualité et les coûts des prestations administratives ; Utiliser de manière efficiente les ressources publiques (value for money).</i>	<i>Calcul et comparaison des coûts grâce à une comptabilité analytique (par groupe de produits administratifs) et comparaison de différents prestataires (benchmarking).</i>
<i>Orienter les prestations administratives vers les besoins des usagers (ou clients) en les impliquant dans la définition et l'évaluation des prestations à fournir.</i>	<i>Gestion orientée vers la qualité (voire la certification des processus), chartes de service public et enquête de satisfaction réalisée auprès des clients.</i>

124

Résumé sous le triptyque des 3 E, le droit des collectivités territoriales français a connu plusieurs mutations résultant des outils du NPM. En termes d'économies tout d'abord, le rôle

¹²⁴ Tableau extrait de « La nouvelle gestion publique “en action” », Revue internationale de politique comparée, 2004/2 (Vol. 11), p. 177-185. DOI : 10.3917/ripc.112.0177. URL : <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-politique-comparee-2004-2-page-177.htm>

de l'État s'est progressivement modifié passant d'État acteur à État régulateur. Deux étapes ont marqué ce changement, avec, d'une part, le recentrage de son action autour des missions régaliennes et abandonnant la prise en charge directe de plusieurs services publics industriels et commerciaux et, d'autre part, la régulation à distance de ces services publics par la création d'autorités administratives indépendantes supervisant ces différents secteurs.

Parallèlement, les collectivités locales se sont également réorganisées dans le but de réaliser des économies. Tout d'abord, la loi de regroupement des régions de 2015¹²⁵ fusionne les 22 anciennes régions administratives en 13 avec pour dessein des économies d'échelle, notamment en ce qui concerne le fonctionnement. La rationalisation de la carte communale participe également à ce mouvement : l'intercommunalité de gestion devient intercommunalité de projet, avec désormais un taux de couverture de plus de 99% des communes. Ces regroupements deviennent nettement plus denses avec la loi NOTRe¹²⁶ fixant à 15 000 le seuil de population pour constituer un EPCI. Suite à un rapport du Sénat démontrant que 15% des dépenses régionales provenaient d'un enchevêtrement des compétences entre collectivités¹²⁷, la clause générale de compétence a été abrogée pour les collectivités à l'exception des communes, toujours au cours de cette même loi NOTRe.¹²⁸ Ce nouveau mode d'organisation est clarifié par le choix de collectivités « chefs de file » permettant une meilleure lisibilité des compétences.

Ces réformes démontrent que la branche « économie » du triptyque du New Public Management a conduit à des modifications du droit des collectivités. La branche « rendement » est également la source de nombreuses modifications. Les moyens d'action des collectivités ont été transformés par la mutualisation de leurs actions et l'incitation financière de l'État. Les employeurs locaux ont trois possibilités de mutualisation de leurs actions : des prestations de service au profit des autres collectivités¹²⁹, la mise en commun des moyens à disposition¹³⁰ et la création de services communs¹³¹. L'État encourage ces regroupements par le biais d'incitations financières.

¹²⁵ Loi n°2015-29 du 16 janvier 2015

¹²⁶ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République

¹²⁷ Rapport sénatorial du 16 décembre 2009

¹²⁸ Loi n°2004-809 du 13 août 2004 désignant les régions comme collectivité chef de file dans le domaine économique

¹²⁹ Art L5214-16-1 ; L5215-27 ; L5216-7-1 du CGCT

¹³⁰ Art L5211-4-1 et L5111-1-1 du CGCT

¹³¹ Art L5211-4-2 du CGCT

Enfin, le droit des collectivités locales mute également en ce qui concerne l'efficacité avec la prise en compte de la démocratie et de l'identité locales ces dernières décennies.¹³²

Toujours dans une approche de nouvelle organisation de l'administration française, l'évaluation des politiques publiques tient une place importante dans les réformes induites par le New Public Management. Les logiques de rendement ont été peu à peu intégrées à cette évaluation. En 1990, un décret cherchait à améliorer la simple efficacité des politiques publiques en observant « *si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de produire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés* ». ¹³³ Le discours évolue en 1998 par un nouveau décret, qui impose cette fois « *d'apprécier, dans un cadre interministériel, l'efficacité de cette politique en comparant ses résultats aux objectifs assignés et aux moyens mis en œuvre.* » ¹³⁴. Dans cette nouvelle approche, l'efficacité (c'est-à-dire le résultat atteint en fonction de l'objectif) est comparée à son efficience (les moyens engagés pour parvenir à l'objectif). Autrement dit, la rentabilité de l'action publique est expressément intégrée dans les sources normatives du droit administratif français par cette double approche efficacité-efficience : comment tenir ses objectifs en utilisant le moins de moyens possibles ? ¹³⁵

2. *L'improbable compatibilité entre service public et NPM*

Mais indubitablement, le secteur du droit public qui a le plus muté avec l'apparition du New Public Management est celui des services publics. L'idée de rentabilité qui a été développée sous cette thèse a été une des causes majeures de la refonte du propriétaire du service public, de la gestion des entreprises du secteur public. La remise en cause de l'État providence, de son efficacité et la volonté de rentabiliser l'action publique ont conduit à la privatisation d'un certain nombre de services publics autrefois gérés en monopole. Les exemples se multiplient dans le secteur des services industriels et commerciaux : le monopole de l'électricité, du gaz, des télécommunications, des postes... L'introduction de la concurrence, du marché ou de quasi-marchés dans ces secteurs est indissociable de cette volonté de rentabilité de l'action publique. La théorie du New Public Management est une base forte de la recomposition de l'action publique et le clivage entre administrations nationales assimilant fortement secteur public et

¹³² Pour une analyse plus précise des effets du NPM sur le droit des collectivités territoriales F. BOTTINI, L'impact du New Public Management sur la réforme territoriale, *RFDA*, 2015, 717.

¹³³ Décret n°90-82 du 22 janvier 1990, JO, 24 janvier 1990, p952

¹³⁴ Décret n°98-1048, 18 novembre 1998 relatif à l'évaluation des politiques publiques, JO, 20 novembre 1998, p.17531

¹³⁵ C. SINNASSAMY, *Le management public : organisation, gestion et évaluation des politiques publiques*, Paris, Berger-Levrault, 2014

service public et administrations suivant la théorie néo-libérale du New Public Management est fort. La France, qui a historiquement confié au service public un rôle prédominant, vit nécessairement sa transition par le New Public Management de manière plus intense que ses voisins européens qui confient un rôle cadre moindre au service public. La théorie explique que l'État est inefficace dans sa gestion des services publics, ce qui est la cause d'une mauvaise utilisation des deniers publics. En revanche, selon les théories néo-libérales, la création d'un marché permettrait ce retour vers plus d'efficacité ou une meilleure gestion. Mais le service public et encore plus, le service universel, sont-ils compatibles, eu égard à leurs missions, avec des notions d'efficacité et d'efficience ?

Le débat est au cœur de la question de l'introduction du New Public Management dans les modes de gestion des services publics. Pour Sylvie Trosa, la relation entre les deux paraît même indispensable. Si elle admet que certains fonctionnaires ont pu mal vivre la politique du résultat qui, à première vue, semble contradictoire avec les lois de Rolland, elle considère que l'évaluation de l'efficacité et de l'efficience du service public est absolument indispensable. « *L'évaluation [...] est au cœur même de l'idée de légitimité du service public ; si les impacts sont négatifs, le service public doit rectifier son action ou interpellé le politique sur ses objectifs. À ce niveau, se désintéresser des objectifs serait faire fonctionner une organisation sur elle-même sans souci des usagers ou de ses effets.* »¹³⁶

D'autres auteurs sont plus nuancés sur les caractéristiques prétendument protectrices de l'intérêt général du New Public Management. Ainsi Christian De Visscher et Frédéric Varone considèrent cette théorie qui représente « *fournies plutôt que sur la procédure à suivre, la réduction des coûts de production des services publics, la gestion d'une unité administrative par un manager allouant librement ses ressources, la motivation du personnel par des incitations pécuniaires, la garantie d'une liberté de choix aux usagers, etc...* » comme potentiellement dangereuse pour le service public. « *Poussés à l'extrême, certains principes de la NGP risquent en effet de se trouver en opposition avec la définition d'objectifs quantitatifs pour l'exécution des politiques publiques, la focalisation sur les prestations les règles fondatrices des services publics dans les démocraties occidentales. Ainsi, l'accent mis sur les résultats et les effets de l'action publique.* »¹³⁷

¹³⁶ S. TROSA, La réforme de l'État: un nouveau management? ; valeurs et enjeux, Transversale débats, Paris, Ellipses, 2008

¹³⁷ C. DE VISSCHER et F. VARONE, La nouvelle gestion publique "en action", Revue internationale de politique comparée 11, n° 2004/2, p177 et s.

Enfin, d'autres auteurs n'hésitent pas à être nettement plus dubitatifs sur la nécessité de la corrélation entre service public et New Public Management. La culture du résultat porte atteinte aux valeurs mêmes du service public. François-Xavier Merrien souligne que le volet social du service public s'estompe devant le volet économique suivant la théorie du New Public Management : « *L'erreur fondamentale de la Nouvelle Gestion publique est de porter les responsables à s'intéresser prioritairement à l'efficacité de leur organisation en négligeant la réponse aux besoins de la société. Un grand nombre de dirigeants locaux considèrent que la réforme a conduit à privilégier les produits des organisations spécifiques en se désintéressant des résultats visés par l'action publique. Alors que la performance de chacune des institutions concernées semble s'améliorer, l'intensité de la question sociale est toute aussi grande.* » La question se pose de la relation entre le New Public Management et le service universel : ce dernier n'est-il tout simplement pas oublié car il semble antagonique avec une politique d'efficacité ?¹³⁸

De cette analyse du New Public Management, il est difficile de concevoir une adéquation entre le service universel, accès sans restriction de chacun à un certain nombre de services publics, et la théorie du NPM, créant des marchés au sein des services publics. Paolo Urrio dénonce cette volonté de rentabiliser le service public, qui va défausser l'État d'engagement vis-à-vis du citoyen : « *Dans une société où le poids des responsabilités est assumé par les citoyens de façon différente, il n'y a aucune raison de vouloir à tout prix diminuer les inégalités au risque de décourager les plus entrepreneurs. Tout le monde en souffrirait. Je serais prêt à accepter cette façon de voir si, au bas de l'échelle de la distribution inégale de la richesse, ceux qui s'y trouvent pouvaient au moins disposer d'un revenu suffisant pour mener une vie décente.* » En termes d'accès au service public, on utilise la notion d'utilisateur (et non de client), qui transporte d'autres valeurs, plus proches de la notion de citoyen. « *C'est la participation des citoyens (égaux entre eux) à la création d'un État de droit (qui s'impose à tous et à chacun) qui est typique de l'activité politique dans un État démocratique, et non pas l'acquisition de biens et de services sur différents marchés, en fonction du pouvoir d'achat de chacun (différent d'un citoyen à l'autre, en fonction de sa position dans la sphère économique).* »

Déjà lésé par cette nouvelle approche théorique de la gestion publique, le service universel apparaît lésé par l'approche normative des finances publiques de l'Europe.

¹³⁸ P. URIO, La gestion publique au service du marché, *op. cit.*

Au regard de la pression environnante pour diminuer la dépense publique, il est légitime de s'interroger sur l'avenir promis au service universel dès sa naissance : à quelle grandeur pouvait-il aspirer dans un tel contexte de resserrement de la dépense publique ?

La Cour des Comptes dresse un état des lieux régulier et critique des finances publiques en France, notamment au cours de son rapport annuel. Pour atteindre un déficit à 3% du PIB en 2017, elle estime qu'il faudrait faire « *un effort sans précédent* »¹³⁹. Selon Eurostat¹⁴⁰, la dette de la France atteint 96% du PIB en 2016. Ces chiffres semblent colossaux, mais manquent peut-être encore de clarté. Philippe Séguin, alors Premier Président de la Cour des Comptes a tenu une conférence à l'Institut d'Etudes Politiques de Lille le 9 décembre 2009. Il a clarifié les données : « *Tous ces chiffres signifient que l'État ne parvient à financer peu ou prou que la moitié de ses dépenses. Bref, le déficit annuel approche les 50 % !* »¹⁴¹. Plus encore, entre 2000 et 2010, la dette de la France a été multipliée par deux.¹⁴²

Certains avancent une explication à ces résultats : la crise financière de 2007 a ravagé les comptes publics de nombreux pays dans le monde. S'il s'agit en effet d'une réalité, cette explication ne suffisait pas aux yeux de l'ex-premier Président de la Cour des Comptes. « *La vérité est que nous sommes entrés dans cette crise, comme un marathonien qu'on aurait préalablement lesté d'un sac de pierres.* » « *Notre endettement présent n'est pas un endettement qui prépare l'avenir. Les administrations publiques s'endettent essentiellement pour financer des dépenses courantes, dépenses de fonctionnement ou prestations et subventions diverses. Les dépenses d'investissement de l'État n'ont d'ailleurs jamais été aussi faibles.* »¹⁴³ Autrement dit, si l'endettement public n'est pas nocif en soi, puisqu'il peut permettre de réaliser un certain nombre d'investissements, l'endettement français n'aurait, lui, aucune vertu keynésienne.

S'il est primordial de rester clair, une question pourrait paraître évidente mais mérite néanmoins d'être soulevée : l'État encourt-il un quelconque danger en laissant de manière démesurée

¹³⁹ Rapport de la Cour des comptes du 29 juin 2017

¹⁴⁰ Organe de la Commission européenne chargée de la gestion des données statistiques européennes

¹⁴¹ RFDA 2010, La dégradation des finances publiques et ses remèdes, Conférence à l'Institut d'Etudes Politiques de Lille le mercredi 9 décembre 2009, p193

¹⁴² Selon l'INSEE, en euros constants, la dette s'établissait en 2000 à 871,2 milliards pour atteindre en 2010 1632,7 milliards

¹⁴³ *Ibid*

exploser sa dette ? Philippe Séguin apporte une réponse sans surprise : il est exact qu'il est dangereux économiquement de trop s'endetter. Il y aurait en fait trois types de risques :

« - le premier risque est économique : c'est que la dégradation des finances publiques nourrisse l'inquiétude des agents économiques qui, anticipant une hausse d'impôts et de cotisations, épargneront plus et réduiront leur demande, ce qui enclenchera un cercle vicieux avec une prolongation de la crise ou une dégradation larvée de la reprise ;

- le deuxième risque est financier : il porte sur la signature de l'État, l'augmentation des dettes de la France pouvant conduire ses créanciers à exiger une prime de risque qui élèverait les taux des emprunts publics. Les charges d'intérêt pourraient devenir rapidement insupportables ;

- le troisième risque, c'est celui d'un appauvrissement de l'État car il faut bien voir qu'aujourd'hui la quasi-totalité de la dépense publique ne sert pas à financer des investissements pour préparer l'avenir mais des dépenses de fonctionnement, d'intervention et les charges d'intérêt de la dette. Appauvrissement des administrations publiques cela signifie risque de réduction des services qu'elles apportent aux Français et risque pour la protection sociale. »¹⁴⁴

1. L'encadrement communautaire des finances publiques

Cette volonté de maîtrise des dépenses publiques est corrélée de manière évidente à ces facteurs de risques. Mais une incitation forte et supplémentaire est faite par l'Union Européenne. Aujourd'hui, le rapprochement et les convergences économiques induisent que les comptes nationaux sont surveillés de manière étroite par les institutions européennes. Outre les risques « naturels » qu'entraîne le surendettement, des sanctions planent sur les États qui ne respecteraient pas un certain équilibre budgétaire.

Le contrôle par l'Union Européenne des finances publiques de chaque État proviendrait de la mise en place de la monnaie unique. Par le biais d'un protocole annexé au traité de Maastricht, les règles sont fixées ; les finances publiques des États membres doivent respecter les seuils suivants : « 3 % pour le rapport entre le déficit public prévu ou effectif et le produit intérieur brut aux prix du marché » et « 60 % pour le rapport entre la dette publique et le produit intérieur brut aux prix du marché ».¹⁴⁵ Cette volonté de convergence serait la contrepartie à la

¹⁴⁴ Ibid

¹⁴⁵ Article 1 du protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs, Traité de Maastricht

mise en place de la monnaie unique. « *La « culture de la stabilité » monétaire et financière et le modèle de politique économique corrélatif sont assumés explicitement par Hans Tietmayer, le président de la Bundesbank : l'idée est de faire payer aux États le prix budgétaire des bénéfices de la monnaie unique (le taux de change fixe et la stabilité des taux d'intérêts).* »¹⁴⁶

Pour beaucoup d'États, il a fallu revoir la manière de gérer les finances publiques pour satisfaire à ces critères, notamment pour la France. L'impact sur les procédés de gestion publique sera fort et les services publics ne seront pas épargnés par cet effort d'économie. Au titre de la rationalisation, beaucoup d'entreprises appartenant auparavant au secteur public vont être privatisées de manière à réduire de façon substantielle la dépense publique. Ainsi, les entreprises du secteur des télécommunications, de l'énergie ou encore des transports vont passer du côté du secteur privé. L'influence de l'Union Européenne vers cette politique a été considérable. Sans toutefois écarter toute obligation de service public dans ces secteurs, la privatisation va être une arme d'efficience économique pour les États, un moyen d'alléger la comptabilité nationale, trouvant une contrepartie dans les redevances dues par les usagers.

Néanmoins, les seules redevances des usagers ne peuvent permettre d'assurer le service public. Lorsque la prestation demande un investissement financier conséquent, rémunérer le service par le seul biais des redevances exclurait tout ou partie de la population, ce qui amènerait le service public à ne plus remplir son rôle. L'article 90§2 prendra alors pleinement effet¹⁴⁷: l'accord d'aides d'État soumis à un certain nombre de règles et de contrôles permettant la compensation de ces obligations de service public. La rationalisation de la dépense publique est notamment mise en œuvre par cet article qui permet, de manière sous-jacente, de modifier de manière structurelle la dépense de chaque État pour se conformer aux règles du protocole du Traité de Maastricht.¹⁴⁸

L'Europe a intensifié sa lutte vers l'équilibre financier des États depuis ce protocole. En 1997, lors de la ratification du Traité d'Amsterdam, les États se fixent l'objectif « *à moyen terme d'une position proche de l'équilibre ou excédentaire* »¹⁴⁹. Ce Pacte de stabilité et de croissance a été renforcé en 2011 avec l'adoption du Six Pack.¹⁵⁰ Le point d'orgue de cette politique semble

¹⁴⁶ B. LEMOINE, Résister aux mesures européennes. Les États à l'épreuve de la surveillance statistique des finances publiques, Quaderni [En ligne], 80 | Hiver 2012-2013, §13

¹⁴⁷ Voir infra Chapitre I, Section I

¹⁴⁸ Pour une analyse plus complète, D. TRIANTAFYLLOU, L'encadrement communautaire du financement du service public, RTD Eur., p21

¹⁴⁹ Résolution du Conseil européen relative au Pacte de stabilité et de croissance d'Amsterdam, 17 juin 1997, JOCE, n° C-236/01

¹⁵⁰ Le Six Pack est constitué de cinq règlements et une directive : Règlement (UE) n° 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la

avoir été la ratification par 25 des pays de l'Union Européenne du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance.¹⁵¹ Ce Traité a connu un débat particulièrement nourri, notamment médiatiquement, car il incorporait la « règle d'or », contenue dans l'article 3 du TSCG : « *Outre leurs obligations au titre du droit de l'Union européenne et sans préjudice de celles-ci, les parties contractantes appliquent les règles énoncées au présent paragraphe : la situation budgétaire des administrations publiques d'une partie contractante est en équilibre ou en excédent ;*

*La règle énoncée au point a) est considérée comme respectée si le solde structurel annuel des administrations publiques correspond à l'objectif à moyen terme spécifique à chaque pays, tel que défini dans le pacte de stabilité et de croissance révisé, avec une limite inférieure de déficit structurel de 0,5 % du produit intérieur brut aux prix du marché [...] ».*¹⁵²

Cette règle d'or créa une forte polémique car sa transposition à l'échelle constitutionnelle obligeait les États à avoir des budgets à l'équilibre, sous peine de mesures de correction de la trajectoire. Ainsi, de fortes contraintes pesaient sur les possibilités d'endettement des États. Or, le service public coûte, et les gouvernements des différents États devaient redoubler d'ingéniosité pour réduire leur poids dans les finances publiques.

Face à cet ensemble de mesures européennes pour réguler les finances publiques, le terme de « *numérologie arbitraire* » a été employé par certains économistes. Ils estimeraient même que le modèle économique allemand avait été transposé à l'ensemble des États européens : la peur de l'inflation que connaîtrait la Bundesbank. Certains politiques se montraient alors réservés face à l'« *orthodoxie* » du « *dreikommanull* ». ¹⁵³

zone euro, Règlement (UE) n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, Règlement (UE) n° 1177/2011 du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, Règlement (UE) n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, Règlement (UE) n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, Directive 2011/85/UE du Conseil du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres

¹⁵¹ Le Royaume-Uni, la République Tchèque et la Croatie sont les États de l'Union Européenne n'ayant pas signé le Traité

¹⁵² Article 3, 1. a) et b) du TSCG

¹⁵³ B. LEMOINE, Résister aux mesures européennes. Les États à l'épreuve de la surveillance statistique des finances publiques », , *op. cit*
« Dreikommanull » ou « trois virgule zéro » selon l'expression de Théo Waigel, Ministre des Finances allemand de l'époque. §38

La politique maastrichtienne n'a sans doute pas eu les résultats probants escomptés. Aujourd'hui encore, la France, comme aucun État depuis l'épisode de la Covid-19, ne respecte les limites de déficit fixées par le protocole et encore moins la limite d'endettement. Pour Denis-Samuel Lajeunesse (ancien haut-fonctionnaire de la direction du Trésor) les effets de cette politique furent encore plus pervers que cela : « *C'est le grand défaut de la direction du Budget, dans les années 1990. Au lieu d'être un vrai donneur de leçons au ministre, une grande partie de sa tâche, et de façon un peu limite d'une certaine partie des services du Trésor, a été de savoir comment dépenser de l'argent sans que cette opération soit qualifiée de dépense ou de dette publique "au sens maastrichtien". Et des trésors d'ingéniosité ont été imaginés pour débudgétiser ou financer une dépense sans que cela rentre dans le budget. (...) On a plus songé à l'habillage qu'à la réalité des choses. Le Trésor (la direction du ministère des Finances) se bat aussi pour sortir les meilleures statistiques possibles. La statistique, ce n'est pas une science, mais c'est un art.* »¹⁵⁴

2. La remise en cause du service universel face aux politiques d'austérité

Cette régulation des finances publiques pose un certain nombre de questions et va influencer nettement certaines décisions politiques, notamment relatives aux services publics. Les décisions politiques précèdent le résultat statistique, mais est-il toujours possible de choisir toutes les orientations pour parvenir à ce résultat ? Des stratégies d'investissement sont-elles encore envisageables ? Le gouvernement socialiste de 1997 voulait revenir sur la privatisation de France Telecom, mais s'y refusa au vu du coût pour les finances de l'État.

Dans un tel contexte de rigueur budgétaire, le service universel pouvait-il vraiment nourrir une grande ambition en Europe ? Le financement de services accessibles à chaque citoyen, suivant les progrès technologiques et agrandissant sans cesse son périmètre matériel n'était sans doute pas viable avec ce regard intensément posé sur les finances publiques de chaque État.

La problématique de la gestion de l'État est ainsi faite : assurer à sa population l'accès à des services primordiaux pour leur assurer une pleine citoyenneté et une cohésion sociale, ce qui induit de manière logique d'avoir les moyens de les assurer. Mais il s'agit aussi de la logique même du service public qui semble heurtée par les différentes politiques de gestion financière européenne : René Chapus ne distinguait-il pas le service public par la notion « *d'activités de plus grand service* » en opposition à celle de « *plus grand profit* » ? Philippe Séguin concluait

¹⁵⁴ *Ibid*

son discours avec la critique de certains indicateurs de performance utilisés pour rationaliser la dépense publique. Non sans ironie, il se demandait si la performance d'un consul ou d'un ambassadeur se calculait aux nombres de petits fours consommés. De manière plus sérieuse, il exprima un souhait : « *je formule le vœu qu'on n'oublie pas de préserver, voire de conforter ce qui a fait depuis si longtemps l'essence et la force du service public et de la fonction publique française, qu'elle soit territoriale, hospitalière ou d'État. Face aux corporatismes, à l'individualisme, à la loi de l'argent, il faut préserver l'esprit de service public.* »¹⁵⁵

Être conscient des réalités économiques mais rester intransigeant sur la satisfaction de l'intérêt général : la demande d'évolution de la stratégie européenne vers de nouveaux intérêts a apporté un certain nombre de résultats même si le cahier des charges peut encore paraître long.

2§ Une demande d'évolution de la politique européenne vers de nouveaux intérêts

Le rapprochement des États vers « *une Union sans cesse plus étroite* » ne peut être qu'économique. Les lourdes modifications du droit européen de la concurrence doivent être pondérées en englobant de nouveaux enjeux à l'échelle européenne. L'accès aux services publics pourrait en faire partie, avec le service universel en figure de proue. Plusieurs chercheurs souhaitent que cette nouvelle approche prenne la forme d'une directive cadre (A). En attendant cette éventuelle modification, la jurisprudence semble aborder d'une autre manière la problématique des services publics (B).

A. La pression doctrinale vers une directive cadre

Le constat doit être fait d'une absence de clarté voire d'une insuffisance des traités concernant les SIG. Face à une Europe plus volubile sur la libre concurrence que sur les SIG (1), des voix s'élèvent pour une directive cadre de ces services (2).

1. L'intérêt européen déséquilibré entre libre concurrence et service public

L'Union Européenne semble tracer sa voie pour se rapprocher de son objectif d'un marché unique, parfaitement intégré, établissant « *les fondements d'une union sans cesse plus étroite*

¹⁵⁵ RFDA 2010, La dégradation des finances publiques et ses remèdes, Conférence à l'Institut d'Etudes Politiques de Lille le mercredi 9 décembre 2009, p193

entre les peuples européens. »¹⁵⁶ Sous l'impulsion des traités, l'Union Européenne multiplie les législations destinées à faire tomber les barrières qui séparent encore les États membres entre eux.

Les processus de libéralisation et de mise en concurrence entre États membres vers le marché unique se perfectionnent, les règles économiques du continent sont désormais extrêmement encadrées par la législation européenne. Mais pour certains, ce perfectionnement dans le domaine économique laisse un goût amer. Cette « *union sans cesse plus étroite* » ne concernerait-elle que le domaine économique ? Si la densification de la législation de la concurrence et des libéralisations est certaine, le fameux intérêt général et les préoccupations d'accessibilité et de protection des usagers des services publics semblent grandement oubliés par les instances communautaires. Juristes et politiques tirent la sonnette d'alarme devant cette Union « *unijambiste* ». ¹⁵⁷

À la fin de l'année 2006, le Parlement européen et le Conseil adoptent une nouvelle directive favorisant la mise en concurrence et permettant de poursuivre l'effacement des frontières économiques entre États membres. Il semble que l'on ne puisse pas considérer cette fois qu'il s'agisse d'une simple avancée de plus dans la législation économique européenne. Celle-ci est le fruit d'un compromis au forceps dans un des rares débats sociaux à l'échelle européenne. Cette directive dite Services¹⁵⁸ « *favorise l'accès aux activités de service et leur exercice pour tous les prestataires, quelle que soit leur nationalité, établis dans un État membre. [...] [Les dispositions] concernent principalement les mesures de simplification administrative, l'encadrement des régimes d'autorisation, le régime de la libre prestation de services et le contrôle des prestataires.* »¹⁵⁹ La directive vise donc à une plus grande intégration du marché communautaire des services. Parmi les mesures entrant en vigueur avec la directive Services, « *un encadrement des régimes d'autorisation [...] subordonné à certaines conditions : ne pas être discriminatoire pour le prestataire, être justifié par une raison impérieuse d'intérêt général et être proportionnel à l'objectif poursuivi (art.9).* »¹⁶⁰ Ces mesures contribuent à l'intégration du marché européen des services et a priori, ces mesures ne sont pas surprenantes et semblent

¹⁵⁶ Préambule du Traité instaurant la Communauté économique européenne

¹⁵⁷ Les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne, Rapport d'information au Sénat fait au nom de la délégation pour l'Union Européenne sur les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne par Madame Catherine Tasca, Sénatrice, p27.

¹⁵⁸ Directive 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006

¹⁵⁹ J-L CLERGERIE, A. GRUBER, et P. RAMBAUD, L' Union européenne, 8. éd, Précis Dalloz Droit public, science politique, Paris, Dalloz 2010) p367.

¹⁶⁰ *Ibid.*

dans la lignée des autres réformes européennes de libéralisation du marché. Alors pourquoi un mouvement social à l'échelle européenne a-t-il eu lieu ?

La crispation des esprits est née de la première mouture de la directive dite Services, plus couramment dénommée directive Bolkestein, présentée le 13 février 2003 au Parlement européen. Celle-ci posait le principe dit de « l'État d'origine ». Ce principe « *aurait conduit [...] à soumettre l'exécution de la prestation au droit de l'État d'établissement du prestataire.* »¹⁶¹ La levée de boucliers provient de cet article. Le principe du pays d'origine menace l'Europe occidentale suite à l'élargissement de l'Union Européenne à l'est, avec un certain nombre de pays à la législation sociale moins contraignante qu'à l'Ouest. « *Ce texte [...] faisait courir le risque d'un « dumping social » généralisé, les entreprises risquant de s'installer dans les pays connaissant la législation sociale la plus faible pour exercer, à partir de cette implantation, leur activité dans toute l'Europe.* »¹⁶²

Le débat et les manifestations contre la directive Bolkestein furent vifs. Les syndicats et un certain nombre de partis politiques européens, notamment français, contestèrent fortement son contenu et le risque de dumping social qu'il engendrait. Contrairement à la marche forcée de l'Union Européenne dans l'intégration du marché depuis la création du marché commun, une voix s'élève estimant que la libéralisation irait trop loin. Des États prennent la parole et des citoyens européens défilent pour une meilleure prise en compte des préoccupations sociales par l'Union Européenne. La directive, mais aussi de manière plus large la politique sociale, seraient en partie responsables du non au référendum européen de la France en 2005.¹⁶³

L'obsession du marché unique parfait de l'Union Européenne lui ferait-elle oublier des volets plus sociaux ? C'est en tout cas la crainte de plusieurs juristes et de plusieurs politiques. Un groupe de sénateurs a rendu un rapport en 2008 s'inquiétant du délaissement des services d'intérêt général par l'Union Européenne : « *Il ne s'agit plus désormais d'organiser un jeu de règles assorties d'exceptions, de sauvegarder des services d'intérêt général dans un univers tout entier orienté vers la primauté du droit de la concurrence, mais d'instaurer, pour la société*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² M-D GARABIOL-FURET, La directive Bolkestein, bouc émissaire d'une Europe incertaine, Revue du marché commun et de l'Union Européenne, 2005, p295.

¹⁶³ « Les partisans du non se sont posés en défenseur des services publics au nom de l'intérêt général et de l'égalité des usagers devant des biens nécessaires tels que l'accès à l'électricité à prix unique pour les particuliers sur l'ensemble du territoire. » « La menace, brandie par les partisans du non de gauche, que ferait planer le « plombier polonais ». B. GIBLIN. « Le non au référendum : conséquences géopolitiques », Hérodote, vol. no 118, no. 3, 2005, pp. 12-26.

*européenne, un cadre réglementaire conforme à ses valeurs dans lequel les services d'intérêt général ont toute leur place. »*¹⁶⁴

Comme le laissait sous-entendre ce rapport, l'Union Européenne ne jure-t-elle que par la concurrence ? Si elle développe le droit des services dans le marché intérieur, en revanche, le droit des services publics lui, reste cantonné aux traités. La législation européenne agit par secteurs mais semble muette sur le cadre des services publics en général. Cette absence a rendu légitime la question de la présence des problématiques liées à l'intérêt général dans le cadre communautaire. « *Débattre des services d'intérêt général, c'est s'interroger sur les valeurs de solidarité et de partage, qui, même au sein d'une société marchande et libérale, ont une place, toute leur place, dans le modèle social européen. »*¹⁶⁵

Il semble qu'un certain équilibre entre accessibilité de l'usager aux services publics et questions sociales soit rompu avec l'objectif de libéralisation et d'achèvement du marché intérieur. Si l'Union Européenne ne s'est pas totalement désintéressée de l'intérêt général et du droit des services publics, notamment avec l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux ou encore le protocole n°9 du traité de Lisbonne¹⁶⁶, il faut constater un plus grand acharnement à la tâche concernant la libéralisation du marché qu'à l'encadrement des services d'intérêt général. Le contexte de mondialisation et l'avènement des théories néo-libérales ne sont sans doute pas étrangers à cette mise à distance du service public par rapport à la préoccupation européenne d'achèvement du marché unique. « *Le contexte est [...] favorable à l'épanouissement de la compétition et de la concurrence [...] et la construction de l'Europe communautaire nous l'a largement montré, même si l'évolution tend à mieux prendre en compte le citoyen et à considérer les services d'intérêt général comme un pilier du modèle européen de société. »*¹⁶⁷

2. Les réflexions autour d'un fil conducteur européen

L'absence de réel cadre communautaire concernant les services d'intérêt général entraîne selon Pierre Bauby trois constats :

¹⁶⁴ Les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne, *op. cit.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Article 36 Charte des droits fondamentaux : « L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. » Voir Titre II, Chapitre II.

¹⁶⁷ H. PAULIAT, Rapport de synthèse *in* Entretiens universitaires réguliers pour l'administration en Europe, L'emploi public en Europe: une ambition pour demain, Limoges, Pulim, 2006, p320.

- un premier constat avec de « *fortes incertitudes et insécurités* » pour les acteurs juridiques, économiques et politiques. Des questionnements concernent la hiérarchie des normes communautaires, le financement des obligations de service public, de mise en œuvre du principe de subsidiarité ou encore la prise en considération des services publics en Europe...
- un second constat avec l'insécurité juridique résultant de la place prépondérante accordée à la Cour de Justice de l'Union Européenne. Parfois, elle restreindrait « *de plus en plus les droits et pouvoirs des autorités publiques d'une part de définir les objectifs, finalités et obligations de service public, d'autre part de décider du mode de gestion des services de leur compétence.* »
- un troisième constat : une disposition transverse est réalisable, le paquet Monti-Kroes en est témoin^{168, 169}.

Devant ces constats et ces incertitudes, plusieurs voix s'élèvent plaidant pour une évolution du cadre juridique européen des services publics. La réglementation des services d'intérêt général doit s'affiner : il en va de la clarté, de la sécurité juridique et de l'ambition sociale que compte se donner l'Europe.

Aujourd'hui, les textes européens relatifs aux services d'intérêt général se situent simplement au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Certaines directives existent, mais elles sont sectorielles. Il manque donc une cohésion de cette politique des services d'intérêt général, une ligne directrice, ce qui pourrait indiquer un manque de régulation européen sur ce sujet, bien à l'inverse de la politique menée sur la libéralisation du marché.

Cette position est source de débats en Europe. Une directive-cadre relative aux services d'intérêt général est-elle nécessaire en Europe ? Le clivage européen sur la question serait le suivant : « *la première [conception], souvent portée par des Français, qui en font un instrument décisif de l'étape actuelle d'eupéanisation des SIG (Service d'Intérêt Général) et en ont une conception englobant tous les enjeux et reposant sur une doctrine nécessairement cohérente ; la seconde, beaucoup plus pragmatique, qui craint qu'un texte global ne permette pas les nécessaires évolutions et modernisations, fige des protectionnismes et/ou donne de nouvelles compétences aux instances communautaires au détriment des droits États membres et des*

¹⁶⁸ Voir infra, B.

¹⁶⁹ P. BAUBY, Service d'intérêt général : de quel cadre communautaire avons-nous besoin ?, Association internationale de techniciens, experts et chercheurs, 2005, https://www.citego.org/bdf_fiche-document-1004_fr.html, consulté le 16/12/2021

autorités publiques locales ou régionales. Un dialogue de sourds s'instaure alors souvent, sans qu'il soit possible de dépasser ces oppositions de départ. »¹⁷⁰

La France a longtemps défendu l'idée d'une directive-cadre réglementant les services d'intérêt général. Pour le groupe de Sénateurs délégués à ces questions, « *une directive-cadre donnerait une dimension et un cadre politique qui fait encore défaut. [...] Cette directive serait justifiée par trois arguments. [Elle] donnerait un cadre politique clair et adapté à l'enjeu, une sécurité juridique, une légitimité démocratique renforcée.* »¹⁷¹

En revanche de son côté, la Commission européenne paraît farouchement opposée à l'établissement d'une directive-cadre réglementant les services publics. Elle indiquait en 2004 que « *les avis exprimés à ce sujet étaient partagés* » mais « *il valait mieux ne pas présenter de proposition pour l'instant.* »¹⁷² Le réexamen aurait pu avoir lieu après l'adoption du Traité de Lisbonne, mais ce ne fut pas le cas. « *Selon la Commission, le protocole sur les SIG annexé au Traité de Lisbonne définit un cadre transparent et suffisamment fiable pour ne pas justifier l'élaboration d'une directive-cadre. Elle s'appuiera donc sur ce protocole pour mettre en place des actions sectorielles dans les domaines de l'énergie [...], des transports [...], des communications électroniques, des services postaux [...]* ». ¹⁷³ Autrement dit, si des voix se sont élevées pour l'élaboration d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général en Europe, il semble que la Commission Européenne n'en saisisse pas l'utilité.

Afin de mieux percevoir la nécessité de cette dernière, Stéphane Rodrigues propose l'éventuelle structure d'une hypothétique directive-cadre. Elle serait constituée de cinq chapitres : un premier consacré « *au champ d'application de la directive-cadre pour permettre de s'entendre sur une définition commune du service d'intérêt économique général (dans le respect notamment de la jurisprudence de la CJCE), les liens à établir entre définition et les autres notions développés par le droit communautaire (service universel)* » ; un second sur « *la répartition des compétences entre États membres et Communauté européenne pour [...] mieux définir le niveau pertinent de régulation des SIEG, notamment au regard des principes posés de subsidiarité* ». Un troisième chapitre serait consacré aux « *principes de fonctionnement* », un quatrième « *à la protection des usagers du service public* » pour terminer sur « *la question de la viabilité économique des SIEG* ». La directive-cadre ne serait pas si inutile que le suggère

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Les services d'intérêt général après le Traité de Lisbonne, *op. cit.*

¹⁷² Livre blanc sur les Services d'intérêt général, 2004, 4.1

¹⁷³ J-M PASTOR, Pour la Commission européenne, une directive-cadre sur les services d'intérêt général n'est pas nécessaire, AJDA 2017, p.2173.

la Commission Européenne. Pour l'auteur, ce serait le concept « *le plus approprié à l'objectif recherché de consolider et de spécifier dans un seul texte les principes directeurs communs qui animent et encadrent le fonctionnement des services publics à travers l'ensemble de la réglementation communautaire jusqu'à présent essentiellement sectorielle.* »¹⁷⁴

Pour d'autres courants, l'évolution est nécessaire, mais de manière plus pragmatique que par une directive-cadre qui enfermerait les États membres dans des rôles qui ne s'adaptent pas bien. « *Il n'existe pas de directive-cadre en la matière, [...] mais des expériences peuvent être tentées.* » « *Il n'est sans doute pas souhaitable d'avoir des modèles préétablis, chaque État membre ayant ses propres impératifs et ses propres spécificités.* »¹⁷⁵

La réflexion sur une éventuelle directive cadre est engagée, ce qui témoigne de la volonté d'une nouvelle approche en Europe sur des questions autres que l'achèvement du marché intérieur. La jurisprudence elle-même a semblé lâcher du lest sur l'intransigeance de la concurrence communautaire. La CJUE a infléchi la lecture trop stricte de l'article 106 en laissant une place ponctuelle à des droits exclusifs et en apportant un ligne directrice en l'absence de directive cadre.

B. La prise en compte d'une évolution par la précision jurisprudentielle de l'article 106 TFUE

La Cour de Justice de l'Union Européenne est amenée à se positionner sur les dispositions du traité relatives à cette gestion des services publics en Europe. En l'absence de directive cadre sur les services publics, elle doit s'en tenir à l'interprétation du traité et à quelques directives sectorielles mais dispose tout de même d'un rôle important dans le façonnement de l'esprit de la libre concurrence en Europe.

1. L'intransigeance jurisprudentielle primaire et la protection primordiale d'une concurrence effective

Après l'Acte unique européen, la concurrence s'est installée dans le domaine des services et les monopoles ont commencé à faire l'objet de litiges. La Cour de Justice de l'Union Européenne a été saisie sur des méthodes de gestion de service public bien ancrées dans certains États mais

¹⁷⁴ S. RODRIGUES, Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité : le mandat de Barcelone, *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2002, p.291.

¹⁷⁵ H. PAULIAT, Entretiens réguliers pour l'administration en Europe, *L'emploi public en France*, *op. cit.*, p326.

dont la légalité semblait être remise en cause au regard des nouvelles ambitions européennes concernant la libéralisation des services.

Saisie d'une transformation profonde de l'espace économique européen, la Cour de Justice était attendue sur l'interprétation du traité. Les arrêts qu'elle a rendus à la suite de l'Acte unique européen furent à la fois rigoureux mais également flous.

À la suite de l'Acte unique européen et de cette farouche volonté de modifier le paysage des services publics européens, une phase de transition et de modification profonde semblait imminente au sein des pays membres de la Communauté. La Cour de Justice aurait inmanquablement un rôle important dans l'interprétation du Traité et les premières décisions donneraient le ton de l'appréhension du service public vu de l'Europe.

Si les tenants d'un service public épargné par la libéralisation pouvaient fournir des espoirs sur une interprétation clémente des dispositions « *insuffisantes (...) du traité dans la mesure où elles ne retiennent les exigences du service public et des politiques publiques qu'en dérogation exceptionnelle aux règles de concurrence* »¹⁷⁶, les premiers arrêts rendus pouvaient les laisser perplexes. Non seulement la CJCE ne semble pas clarifier absolument les dispositions du traité concernant le service public mais de plus, sur les dispositions clarifiées, elle semble particulièrement exigeante au regard de l'idée de service public dans certains pays.

Une série d'arrêts a dessiné une interprétation du traité peu favorable au modèle des services publics tel que conçu en Europe.

Tout d'abord, la CJCE s'est montrée extensive sur la notion même d'entreprise, donc soumise aux règles du traité notamment en matière de concurrence. La Cour va définir la notion d'entreprise et étendre l'application de ces règles à de nombreux organismes qui n'y ont jamais été confronté. Ainsi « *une entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* » ce qui, en l'espèce, conduit une activité de placement par un office public de l'emploi à la qualification d'entreprise.¹⁷⁷ Le traité ne soustrait les entreprises à la concurrence que de manière subsidiaire mais de plus, par cet arrêt, qualifie de nombreux organismes comme entreprise.

Ensuite, la Cour va se montrer restrictive sur la possibilité d'octroi de droits spéciaux et exclusifs aux entreprises. Alors qu'un navire s'est vu refuser la possibilité de débarquer lui-

¹⁷⁶ J-Y CHEROT, L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau, AJDA 1996, p.171.

¹⁷⁷ CJCE, 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser

même ses marchandises en raison d'un droit exclusif accordé à l'entreprise portuaire, la Cour a contesté cet octroi. La Commission estimait que « *les droits spéciaux (...) conférés et les tarifs (...) n'apparaissent justifiés par aucune exigence relative à l'accomplissement de la mission spécifique qui leur été confiée.* »¹⁷⁸. La Cour a suivi le raisonnement estimant que les opérations portuaires ne revêtent pas « *un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique et que, même à supposer que tel soit le cas, l'application des règles du traité, en particulier de celles en matière de concurrence et en matière de libre circulation, serait de nature à faire échec à l'accomplissement d'une telle mission.* » La Cour rejette donc la qualification de SIEG à l'entreprise portuaire. Ainsi, la décision laisse présager aux États membres une requalification européenne de l'intérêt général, posant des questions à la fois en termes de sécurité juridique mais aussi de respect du principe de subsidiarité.

Enfin, la Cour aborda le sujet de l'extension d'un monopole à un marché voisin. Ainsi, elle considéra que « *le fait pour une entreprise, qui détient un monopole sur le marché de l'établissement et de l'exploitation du réseau, de se réserver, sans nécessité objective, un marché voisin (...) constitue une violation de l'article 86 du traité.* »¹⁷⁹ Une entreprise à qui l'on aurait confié un monopole ne pourrait donc l'étendre à un marché voisin sans violer le droit de la concurrence européenne. Quelles sont les conséquences en pratique ? En l'espèce, la régie des télégraphes et téléphones belge ne peut pas étendre son monopole légal d'alors à des activités « *d'importation, de commercialisation, de raccordement, de la mise en service et de l'entretien des appareils.* » Le monopole doit donc se cantonner et reste bien une dérogation.

Si certains craignaient une interprétation stricte d'un traité déjà peu favorable au modèle des services publics connus par le passé, cette série d'arrêts ne semblait pas pouvoir les rassurer : une notion d'entreprise (et à ce titre soumise au droit de la concurrence) entendue en un sens très large, des droits spéciaux et exclusifs soumis à l'appréciation de la jurisprudence européenne et la limitation des monopoles à des secteurs stricts. Pour l'avocat général Tesauro, cette série d'arrêts démontre que « *les États membres doivent s'abstenir de prendre des mesures qui compromettent l'effet utile des règles communautaires de concurrence.* » Au-delà du fait de souligner cette intransigeance, il fait également remarquer que la Cour s'est parfois montrée imprécise dans ses diverses qualifications. Il observe ainsi que « *les éléments qui permettent de distinguer une situation qui conduit nécessairement à un abus d'une situation qui (...) n'y*

¹⁷⁸ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA*. Rapport d'audience F. A. Schockweiler

¹⁷⁹ CJCE, 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM SA*

conduit pas » ne sont pas clairement définis. De plus, « *les arrêts ne précisent pas non plus s'il suffit de constater qu'une situation donnée est potentiellement abusive ou s'il y a lieu au contraire de vérifier en tout cas qu'un abus déterminé a été effectivement commis.* »¹⁸⁰ Autrement dit, à l'intransigeance de l'interprétation du traité s'ajoute le flou sur certaines qualifications. Cette situation ne semblait pouvoir perdurer pour les entreprises chargées de ces missions d'intérêt général sur lesquelles un vent de révolution semblait souffler.

2. L'inflexion jurisprudentielle seconde et la prise en compte de l'intérêt général dans le raisonnement

Le service universel s'attache à garantir une accessibilité des services par le biais de financements qui peuvent parfois être publics. Il semblait donc confus de maintenir une jurisprudence trop rigoureuse à l'égard de ces aides publiques. C'est à ce titre que l'inflexion majeure de la jurisprudence a eu lieu en 1993 avec l'arrêt *Corbeau*. Dressant la liste que ces difficultés soulevaient dans la jurisprudence passée, l'avocat général signalait l'incohérence d'une trop importante intransigeance avec les nouvelles ambitions de l'Europe en termes de service universel : « *Il est en effet fourni : - à quiconque en fait la demande sur l'ensemble du territoire national (...); - à un niveau qualitatif moyen ; - à un tarif unique (...) fixé à un niveau abordable pour tous. À cette fin le service postal opère une péréquation tarifaire. (...) Cette péréquation, à son tour, présuppose l'instauration d'un monopole légal.* » La réflexion est ainsi faite : si l'on limite trop le champ matériel du monopole, une concurrence va s'installer sur des secteurs rentables, et lui rendre impossible la mission particulière qu'il lui a été impartie. « *En l'absence de monopole, (l'entreprise) serait contrainte d'adopter des tarifs différenciés. Mais une telle solution – au-delà de sa praticabilité concrète – serait en contradiction avec (sa) fonction sociale particulière.* » La Cour tend ainsi à mettre un frein à sa série d'arrêts précédents, infléchissant son regard vis-à-vis des droits exclusifs conférés : « *on peut considérer que le monopole légal inhérent au service de base ne saurait être éliminé sans qu'il soit porté atteinte à la fonction essentielle du service postal universel.* »

Alors que les arrêts *Höfner*, *RTT* et *Merci convenzionali* semblaient tracer une ligne vraisemblablement mortifère pour les droits exclusifs et les monopoles, l'arrêt *Corbeau* concède l'incohérence de cette intransigeance avec le jeune service universel.

¹⁸⁰ L'avocat général Tesouro démontre que cela n'a pas été sans conséquence : « Selon plusieurs juges (Tribunale di Genova, ordonnance du 9 juillet 1992 ; Pretura di Genova, ordonnances des 19 juin 1992(...)) » la Cour n'aurait pas constaté l'illégalité en soi du droit exclusif (...). D'autres juges (Pretura di La Spezia, ordonnance du 3 juin 1992 ; Pretura di Massa, ordonnance du 2 juin 1992 (...)) ont en revanche estimé que, conformément à l'arrêt de la Cour, la réserve légale devait être considérée en tant que telle comme incompatible avec le droit communautaire.

Pour une partie de la doctrine, il s'agit du premier tournant d'une nouvelle approche européenne des services publics. Un certain nombre de jurisprudences suivantes protégeront le système monopolistique et les droits exclusifs. À ce titre, l'arrêt *Commune d'Almelo*¹⁸¹ conforte l'arrêt *Corbeau* tout en allant plus loin, écartant les règles du traité « non seulement lorsqu'elles rendent impossible l'accomplissement par l'entreprise de sa mission de service public, mais également lorsqu'elles mettent en danger son équilibre financier. »¹⁸²

La Cour précisera par la suite que « les États ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG » et que « la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste. »¹⁸³ infléchissant son interprétation de l'arrêt *Merci convenzionali*. « Les cas de tension entre les conceptions nationales et la conception européenne d'un SIEG sont encore rares dans la jurisprudence. »¹⁸⁴

La jurisprudence européenne s'est donc infléchi : s'il est vrai que les décisions prises entre l'Acte unique européen et le Traité de Maastricht ne semblaient laisser guère de place au service public, « sans le savoir certainement, M. Corbeau, aura contribué à l'élaboration de ce que l'on pourrait appeler aujourd'hui une doctrine européenne du service public. »¹⁸⁵

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Le terme de « service universel » apparaît à plusieurs reprises dans la littérature juridique mondiale du XX^{ème} siècle. Il se retrouve au début de celui-ci aux États-, puis à la toute fin des années 1980 dans l'Union européenne. Le même terme soulève différentes acceptions selon ces deux périodes, mais toutes ont un point commun : celui de justifier l'existence de droits exclusifs dans un contexte concurrentiel, et dans des entreprises de réseaux.

De même, à chaque fois, l'existence du monopole a été remise en cause, autant celui de l'entreprise Bell que ceux des anciennes grandes entreprises nationales en Europe. Le service

¹⁸¹ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*

¹⁸² S. RODRIGUES *in* C. BOUTAYEB, Y. DAMOUN, et A. GUILLEMET, *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne: droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2015

¹⁸³ CJCE, 20 avril 2010, *Federality e.a. c/ Autorità per l'energia elettrica e il gas*

¹⁸⁴ S. RODRIGUES *in* C. BOUTAYEB, Y. DAMOUN, et A. GUILLEMET, *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne: droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, , *op. cit.*

¹⁸⁵ *Ibid*

universel garantit dans les deux cas une sortie de la logique de marché là où il semble impuissant à satisfaire l'intérêt général.

Son apparition en Europe se fait tardive puisque le démantèlement du secteur public n'a réellement été mis en œuvre qu'à la suite de l'Acte unique européen. Néanmoins, la desserte des zones non-rentables a rendu le service universel nécessaire du fait des firmes nouvellement soumises à la concurrence. Le socle qu'il apporte ne peut néanmoins être suffisamment ambitieux pour être à la base d'une nouvelle structure de la cohésion européenne. Aujourd'hui, ce dernier est retenu par le contexte économique de gestion budgétaire, à la fois des politiques du New Public Management et des différentes politiques d'austérité.

Chapitre II : La sous-exploitation du service universel

Il serait aujourd'hui impossible de dire que le service universel ne témoigne tout de même pas de velléités de la part de l'Europe d'offrir un véritable engagement en termes de cohésion sociale en droit européen. Le réel enjeu tient plutôt au niveau de cet engagement. L'Union Européenne va agir en laissant un cadre extrêmement souple aux États-membres, en utilisant principalement le biais de la directive et en faisant jouer au maximum le principe de subsidiarité (Section I). Qui plus est, cette souplesse se combine avec une forme de faiblesse de l'utilisation du service universel : il se limite à des secteurs extrêmement précis, ce qui témoigne également d'une absence de structuration à l'échelle européenne des SIG (Section II).

Section I : La souplesse dans l'utilisation du service universel

Le régime juridique du service universel en fait un instrument extrêmement malléable. L'initiative est confiée aux instances européennes, sur les domaines qu'elles auront au préalable déterminés. (1§) Mais la mise en œuvre est du ressort des États membres, respectant ainsi le principe de subsidiarité, qui plus est sur un sujet sensible pour l'opinion publique. Ce passage de relais n'est pas sans répercussion sur l'impact relatif de la notion (2§).

1§ L'impulsion verticale européenne

Les instances européennes semblent agir de manière chirurgicale au sujet du service universel, en faisant le choix, d'une part, de ne pas intervenir par des normes d'effet direct en choisissant d'utiliser la directive (A) et, d'autre part, en ne consacrant qu'un nombre limité de secteurs qu'elles choisissent comme éligibles au service universel (B).

A. Le choix de l'instrument de la directive

L'insertion dans le droit interne du service universel a conduit à réfléchir à la manière dont elle serait effectuée. L'approche de la directive semble être la position médiate, laissant une marge de manœuvre aux États membres (1). Il y a un véritable choix de ne pas procéder par règlement, ce qui laisse peut-être sous-entendre un manque de volonté européen d'agir efficacement et rapidement sur des considérations plus sociales que la libre concurrence, dans lesquelles l'Union Européenne n'hésite pas à agir plus franchement (2).

1. *La directive comme instrument adéquat à l'harmonisation européenne des services publics*

La mise en place du service universel dans l'ordre juridique des États procède d'une manœuvre délicate. La Commission européenne doit fixer un cadre communautaire protégeant l'intérêt général dans chacun des États-membres de manière uniforme, tout en composant avec les prérogatives de chaque État dans ce domaine, découlant notamment du principe de subsidiarité. Cette impulsion engendre une nécessaire conciliation des pratiques nationales avec le droit européen. Cette problématique est assez classique dans le droit communautaire. Sans doute s'agit-il de la raison d'être même de la directive. Par sa nature, cette dernière permet d'harmoniser les normes à l'échelle européenne tout en veillant à ne pas remettre en cause le certain degré d'appréciation des États sur les normes qu'ils adoptent. À ce titre, la directive semble être le canal de transmission idéal pour la diffusion du service universel. La notion bouscule certaines habitudes nationales au sein de l'Europe, dans un domaine où les instances communautaires intervenaient peu. Il convenait donc de laisser un degré d'appréciation à chacun des États membres dans la transposition. La manière d'utiliser cet instrument qu'est la directive dans le cadre du service universel démontrera à la fois la sensibilité du sujet ainsi que la souplesse nécessaire en découlant pour chacune des parties en jeu. Un rappel des caractéristiques de la directive permettra de mettre en lumière l'utilité que lui ont trouvée les législateurs européens.

Le TFUE dispose que « *la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». ¹⁸⁶ Cet article définit premièrement le destinataire de la directive. Elle s'adresse à l'État membre, qui est donc visé par cette obligation. *A contrario*, le ressortissant européen n'est pas concerné en premier lieu par l'édiction d'une directive. Deuxièmement, est enjoint à l'État membre une obligation de résultat. Il faut donc que ce qui a été prescrit par la directive soit réalisé concrètement par l'État. Enfin, et là se porte tout l'intérêt de l'instrument, la directive permet une certaine marge de manœuvre procédurale à l'État membre, ne le liant qu'au résultat sans s'attarder sur les moyens.

Le destinataire de la directive est donc en premier lieu l'État membre de l'Union Européenne. En utilisant cet instrument, les institutions communautaires confient à chacun des États

¹⁸⁶ Article 288 alinéa 3 TFUE

l'obligation de modifier leur droit interne afin d'établir un droit harmonisé à l'échelle européenne. La nuance se trouve cependant sur ce degré d'harmonisation. Le fait que la directive ne soit pas expressément reconnue d'effet direct dans le droit communautaire originaire entraîne une dissonance du droit entre les États membres. La norme est à deux échelons entre l'impulsion donnée par les instances européennes et la transposition de la norme par l'État membre.

L'idée d'intégrer dans le droit des services publics nationaux le droit européen paraissait incongrue avant l'Acte unique européen, si bien que l'approche communautaire se devait d'être prudente. Si les réactions de certains États membres, dont la France, ont vite démontré que cette intrusion européenne dans les secteurs publics contrevenait à une longue tradition de gestion étatique de ces services publics, il fallait que l'Union Européenne démontre une certaine « légitimité » à intervenir, et l'utilisation de la directive a permis cette gymnastique.

L'introduction des objectifs de service universel, et de la notion en elle-même au sein des États membres, en tant que nouvelle vision européenne des services publics, passait donc par un instrument garantissant à la fois le résultat et une certaine appropriation par les États membres.

L'obligation de résultat est incontestable en utilisant la directive. Outre sa présence dans le droit primaire de l'Union européenne¹⁸⁷, elle est répétée et précisée par la jurisprudence. Le droit interne de chaque État membre doit contenir sa transposition, tout en s'assurant qu'est respectée l'« obligation de choisir les formes et moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives. »¹⁸⁸. L'État est donc contraint à une transposition effective car l'obligation de résultat commandée par le TFUE est notamment contrôlée au regard de la valeur juridique de l'acte de transposition. Autrement dit, l'Union Européenne ne se satisfera pas d'une transposition d'un nouveau principe européen important, telle qu'une vision renouvelée à l'échelle continentale du service public, par un acte dont la valeur juridique serait trop réduite voire nulle au sein de la hiérarchie des normes. Il faut donc rappeler qu'« il appartient à chaque État membre destinataire de choisir les formes et les moyens pour y parvenir, pourvu que ces actes soient des actes juridiques contraignants. »

Si le caractère obligatoire de la transposition n'est pas remis en cause, la directive reste moins contraignante que d'autres mécanismes de droit dérivé, tel que le règlement, du fait qu'elle ne s'intègre pas directement au droit interne. En laissant la compétence quant à la forme et aux

¹⁸⁷ L'article 288 al. 3 TFUE disposant très clairement que l'Etat membre est lié quant au résultat à atteindre

¹⁸⁸ CJCE, 8 avril 1976, Royer, aff. 48/75, Rec. 497

moyens, « *la directive autorise une certaine souplesse dans la mise en œuvre du droit de l'Union, et permet de tenir compte de la diversité des situations nationales auxquelles elle s'applique.* »¹⁸⁹

L'utilisation de la directive est un mécanisme assez classique du droit de l'Union Européenne, notamment lorsque les problématiques d'harmonisation pour l'ensemble des États membres soulèvent un certain nombre de difficultés. Benoît Lecourt décrit cet avantage en évoquant le droit des sociétés : « *la liberté quant aux moyens confère à la directive un rôle conciliateur évitant une trop grande contrariété des cultures juridiques des États membres tout en lui attachant un effet utile, celui-ci consistant dans l'obligation d'assurer l'équivalence des garanties de la protection tant des associés que des tiers.* »¹⁹⁰ La directive semble être un instrument de souplesse, respectant à la fois le principe de subsidiarité, la souveraineté de l'État-membre et la nécessité d'harmonisation de problématiques à l'échelle européenne. Cette souplesse s'illustre également lorsque l'on évoque le projet de traité constitutionnel européen : il était prévu que ce qui est actuellement nommé directive prenne le nom de « loi-cadre » en fonction de l'organe d'adoption de la norme.¹⁹¹ Cela tend à démontrer encore une fois la liberté dans l'affinement de la norme européenne.

Pour autant, il ne faut pas relativiser à l'excès le caractère contraignant de la directive. Deux principaux problèmes peuvent être soulevés au moment de la transposition : un problème matériel et un problème temporel. En premier lieu, matériellement, de manière évidente, la transposition de la directive ne doit pas contredire la lettre de celle-ci.¹⁹² En outre, et à l'instar des règlements européens, les directives peuvent être d'effet direct, le Conseil d'État suivant le

¹⁸⁹ F. SAINT-MARTIN, *Le système institutionnel de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso éditions, 2016

¹⁹⁰ « Dalloz.fr | Droit des sociétés de l'Union européenne », consulté le 17 janvier 2017, http://www.dalloz.fr.ezproxy.unilim.fr/documentation/Document?id=ENCY/EUR/RUB000146/PLAN007/2014-03&ctxt=0_YSR0MT1kaXJIY3RpdmUgc291cGxlc3Nlwqd4JHNmPXBhZ2UtcVjaGVyY2hl&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbE5iUGFnPTIwwqdzJGJzYWJvPVRy dWXCp3MkcGFnaW5nPVRYdWXCp3Mkb25nbGV0PcKncyRmcmVlc2NvcGU9RmFsc2U=&nrf=0_UmVjaGVyY2hlfExpc3RI.

¹⁹¹ Comme le souligne J.Roux in J. ROUX, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2016

¹⁹² Ainsi, dans CJUE, 4 mars 2010, *Natura 2000*, aff. C/241-08, la Cour a reproché à la France « *manqué aux obligations qui lui incombent en vertu, respectivement, de l'article 6, paragraphe 2, de la directive « habitats » et de l'article 6, paragraphe 3, de cette directive.* »

30 octobre 2009¹⁹³ le raisonnement de l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978.¹⁹⁴ Cet arrêt a nourri la jurisprudence et la doctrine française du fait de la nouvelle place confiée à l'instrument dans l'ordre juridique des États-membres, désormais susceptible d'une « *invocabilité d'exclusion* » (« *écarter la norme nationale contraire à la norme de l'Union* ») et une « *invocabilité de substitution* » (« *application immédiate et directe de la norme de l'Union aux lieu et place du droit national.* »)¹⁹⁵ Des conditions à cet effet direct jalonnent néanmoins cette possibilité : les directives à ce titre doivent être suffisamment « *précises* » et « *inconditionnelles* ». ¹⁹⁶ En ce qui concerne les problèmes temporels liés à la directive, ceux-ci concernent le défaut de transposition par l'État-membre dans les délais impartis. « *Les retards dans la transposition de directives par les pays de l'UE demeurent un problème récurrent qui empêche les citoyens et les entreprises de profiter des avantages concrets de la législation de l'UE.* »¹⁹⁷ L'Union Européenne lutte contre ces pratiques qui consistent à ne pas transposer dans les délais, l'État-membre encourant un recours en manquement¹⁹⁸ et se voyant menacé de voir sa responsabilité engagée.¹⁹⁹

L'État membre dispose donc d'une liberté dans les formes et moyens mais qui reste pour autant encadrée ; les États n'auraient donc « *qu'une liberté limitée* » en termes de directive.²⁰⁰ Bien que limitée, cette liberté témoigne tout de même du caractère difficile de l'intervention européenne dans la question des services publics.

¹⁹³ L'arrêt CE, 30 octobre 2009, Mme Perreux (AJDA 2009, 2385, chron. S-J Liéber et D. Botterghe ; Europe janv. 2010, p.5, R. Kovar ; RFDA 2009, 1125, concl. M.Guyomar, note P. Cassia.) confirmant l'invocabilité « à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précisées et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaire » mettant un terme à la jurisprudence CE, 22 décembre 1978, Cohn-Bendit (Rec. CJCE 1978, I, p.524 ; D. 1979, 155, concl. Genevois, note Pacteau ; JCP 1979, II, 19158, note Kovar ; Cah. dr. eur. 1979, 625, note Isaac ; RTDE 1979, 169, concl. Genevois, note Dubouis) prônant la solution inverse.

¹⁹⁴ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77, rec. CJCE, 1978, I, p.629

¹⁹⁵ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 6e éd, Paris, LexisNexis, 2016

¹⁹⁶ CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, Rec. p. 1269

¹⁹⁷ Article « La directive de l'Union Européenne » sur eur-lex.europa.eu : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l14527&from=FR>

¹⁹⁸ Selon les dispositions des articles 258 et s. TFUE

¹⁹⁹ Conformément à la décision CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c/ République italienne*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5337

²⁰⁰ J-L CLERGERIE, *Manque à ses obligations l'Etat membre qui ne communique pas les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour la transposition de la directive CEE 85-374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ou n'adopte pas les mesures nécessaires pour s'y conformer*, Recueil Dalloz 1993 p.566

2. *La directive comme traduction d'une volonté relative des institutions européennes*

Le choix d'agir par directive n'est finalement pas anodin pour le législateur européen. Une déduction peut être faite du choix de cet instrument pour introduire le service universel dans le droit des États membres. Comme souligné précédemment, ainsi que l'a décrit Christos Kaloudas, « *la directive (...) s'inscrit dans une technique de législation médiate.* » « *Elles permettent aux États destinataires de conserver leurs particularités juridiques, dans la mesure où ces particularités ne seraient pas susceptibles de compromettre le résultat prescrit par elles.* »²⁰¹ Conserver un certain nombre de particularités juridiques, cela constitue une des demandes d'un certain nombre d'États membres désireux de conserver leur souveraineté dans l'organisation de leurs services publics. L'utilisation de la directive semble donc être un élément de compromis. L'idée ne serait finalement pas d'harmoniser le droit européen des services publics, au risque d'entrer dans un engrenage froissant la vision du principe de subsidiarité d'un certain nombre d'États membres, mais de poser des jalons, des repères communs aux États-membres. « *[La formulation des directives] est révélatrice de la volonté du législateur de l'Union européenne de tracer les lignes directrices pour la définition de l'intérêt général dans l'Union, ainsi que de son effort de concilier les approches divergentes en la matière.* »²⁰²

Il n'est donc pas impossible de considérer que l'utilisation de la directive n'est pas le fruit du hasard pour insérer le principe du service universel dans le droit interne des États membres. Il aurait été possible d'utiliser d'autres sources de droit dérivé, ce qui aurait entraîné d'autres conséquences juridiques. Le TFUE prévoit la possibilité de légiférer par le biais de règlements. Il est défini comme « *ayant une portée générale* », étant « *obligatoire dans tous ses éléments* » et étant « *directement applicable dans tout État membre.* »²⁰³ Néanmoins, la portée d'un tel instrument juridique sous-tendrait des conséquences immédiates ; or, l'Europe cherche des méthodes médiate. La distance séparant la vision du service public entre chaque pays de l'Union Européenne est si importante, chaque système juridique procédant d'une vision politique voire d'une construction historico-juridique comme en France, qu'il faut exclure la radicalité de l'usage du règlement comme instrument d'harmonisation du service public européen. La Cour rappela, dans l'arrêt *Zuckerfabrick Watenstedt*²⁰⁴, que le règlement est une mesure ayant « *une portée générale au sens de l'article 189 du traité ; qu'elle s'applique en effet*

²⁰¹ C. KALOUDAS, La conception française du droit du service public et du droit de l'Union Européenne, Revue du droit de l'Union Européenne 2013, p156.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Article 288 al. 2 TFUE

²⁰⁴ CJCE, 11 juillet 1968, aff. 6/68, Rec. p.596

à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite ». Outre la radicalité politique qui rendait l'utilisation unique du règlement inenvisageable dans l'introduction du service universel parmi les États membres, il semblait juridiquement impossible d'y recourir faute de fondement juridique.

Or, si l'utilisation du règlement comme seule et unique source du service universel semble encore aujourd'hui peu envisageable, un recours ponctuel à cette technique a été évoqué à plusieurs reprises comme une possibilité aujourd'hui, voire un souhait par la doctrine. Si Christos Kaloudas admet « *qu'avant le traité de Lisbonne, la perspective d'adoption d'un règlement unifiant les principes du service économique général se heurtait à l'absence de base légale* », ce dernier traité a modifié l'article 14 TFUE de la manière suivante : « *Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.* ».²⁰⁵

Ainsi, Stéphane Rodrigues proposait, dès 1995, que « *quelques principes communs puissent être dégagés* » par la voie du règlement et utilisait l'exemple des notions véhiculées par le service universel : « *continuité du service* », « *égalité de traitement* », « *qualité du service* » ou encore « *transparence* ».²⁰⁶

Le recours au règlement aurait été porteur de conséquences bien différentes de celles de la directive. « *Il est obligatoire dans tous ses éléments* » ainsi « *toute application partielle est exclue* ».²⁰⁷ Autrement dit, le choix de la directive par l'Union Européenne ne serait sans doute pas anodin, et témoignerait finalement de la délicate harmonisation des services publics en Europe. Le droit européen n'est pas contraint à l'utilisation de la directive, la doctrine ayant démontré que c'était un choix. Si toute application partielle du règlement est exclue, ce qui constitue l'obstacle à son utilisation régulière par le droit européen, son utilisation partielle en droit des services publics européen serait possible et constituerait sans doute une preuve de la volonté européenne d'avancer clairement sur le volet social européen.

²⁰⁵ C. KALOUDAS, La conception française du droit du service public et du droit de l'Union Européenne, Revue du droit de l'Union Européenne 2013, p156

²⁰⁶ S. RODRIGUES, Comment intégrer les services publics dans le droit positif communautaire, RFDA 1995, p.335

²⁰⁷ J-L CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, L'Union Européenne, 8. éd, Précis Dalloz Droit public, science politique, Paris, Dalloz, 2010, p269

En choisissant la voie de la directive, le droit européen œuvre en souplesse et maintient la compétence des États dans le contour du service universel. Ce choix peut se traduire par le respect du principe de subsidiarité mais aussi par une implication réduite du législateur européen dans le domaine des services d'intérêt général. De plus, en ne tendant le filet de sécurité du service universel que sur un nombre très réduit de secteurs, le droit européen ne semble pas faire de la garantie des SIG une priorité du droit primaire.

B. Le choix discrétionnaire des secteurs soumis

Au-delà de l'aspect de l'instrument utilisé pour introduire le service universel dans les États qui laisse penser à une Europe en retrait sur le plan social, il faut encore souligner qu'elle n'assure que le minimum en termes de secteurs couverts (1). D'autres pistes auraient pu être envisagées que l'électricité, les télécommunications et les postes, ce qui auraient montré une véritable implication européenne dans la politique du service universel.

1. La sectorialisation du service universel

Le rapport Camani-Verdier²⁰⁸ soulignait que « *les composantes du service universel* » sont « *limitativement définies par le droit européen* ». Les directives européennes délimitent un certain nombre de secteurs soumis à des obligations de service universel. Il y a donc un acte positif de choix des composantes du service universel opéré par les instances européennes sur le plan matériel. Les obligations de service universel imposées par les directives européennes, concernent en réalité, en tout et pour tout, trois secteurs : celui des télécommunications²⁰⁹, le secteur postal²¹⁰ et l'électricité²¹¹. Les frontières sont donc clairement délimités par l'œuvre législative européenne.

²⁰⁸ Le service universel des communications électroniques au regard des nouveaux usages technologiques : enjeux et perspectives d'évolution, Rapport du 17 octobre 2014 à Madame la Secrétaire d'Etat au Numérique établi par Pierre Camani, Sénateur du Lot-et-Garonne et Fabrice Verdier, Député du Gard, p7.

²⁰⁹ Directive 2002/22/CE modifiée par la directive 2009/ 136/CE

²¹⁰ Directive 97/67/CE du 15 décembre 1997 modifiée par la directive 2008/6/CE du 20 février 2008

²¹¹ Directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 modifiée par la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 modifiée par la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009.

À ce titre, le rapport précédemment évoqué l'affirme : « *seule une évolution des directives européennes permettrait d'en élargir le périmètre.* »²¹² Pourtant, la Cour de Justice a pu laisser planer un doute sur sa capacité à étendre ce régime à d'autres pans de l'économie. Ainsi dans un arrêt *Corsica Ferries*²¹³, la CJCE va utiliser le terme de « *service universel de lamanage* ». Cette catégorie n'avait jamais été évoquée précédemment par le droit dérivé européen ; la question s'est alors posée de savoir si le juge européen pouvait dégager de lui-même des secteurs qui seraient soumis à des obligations de service universel. Cependant, non seulement « *la Cour n'a pas défini les contours* » de ce service, mais « *les termes de l'arrêt n'ont pas été repris pour le moment dans la jurisprudence ultérieure.* »²¹⁴ Il semble donc que le service universel n'ait pour l'instant vocation à n'exister qu'au travers d'une sectorialisation qui ne naît que chez le législateur européen.

Une certaine forme d'opacité entoure les motivations qui poussent le législateur européen à désigner tel ou tel secteur comme nécessitant la création d'obligations de service universel et surtout a contrario, à en refuser. Le choix semble plus relever de la discrétion des instances européennes que de critères objectifs et établis.

2. *La subjectivité du choix des secteurs disposant d'obligations de service universel*

Afin de comprendre le choix de confier à certains secteurs des obligations de service universel conduisant a contrario à le refuser à d'autres, il faut nécessairement revenir au contexte de la création de la notion. Le service universel naît des suites de l'Acte unique européen, donc de la volonté d'achèvement des quatre libertés de circulation, tandis que les garanties que confère le service universel sont celles de services accessibles à tous.²¹⁵ La coïncidence à la fin des années 1980 du néologisme d'alors « service universel » et de l'Acte unique européen ne semble pas innocent. D'ailleurs, la Commission Européenne a établi elle-même le lien dans une communication où elle affirme que « *le service universel, et notamment la définition des obligations de service universel, doit accompagner la libéralisation des secteurs de services dans l'Union Européenne.* »²¹⁶

²¹² Rapport Camani-Verdier, *op. cit.*, p7.

²¹³ CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France SA contre Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl et Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, aff. C-226/96

²¹⁴ G. J. GUGLIELMI, *Un service public universel ?* 29 octobre 2006, p4.

²¹⁵ Sur le fait que chaque personne humaine ressortissante européenne ait accès au service universel, Gilles J. Guglielmi remarque que cette universalité reste théorique *in* *Un service universel ?*

²¹⁶ COM(2000) 580 final, *Les services d'intérêt général en Europe*, 20 septembre 2000, §39

Quels critères conduisent le législateur européen à octroyer à tel ou tel secteur des obligations de service universel ? Cet indice conduit à penser qu'un premier critère apparaît dans la définition d'obligations de service universel : un service économique d'intérêt général ouvert à la concurrence. Pour autant, ce critère n'apparaît pas suffisant, puisque chaque service remplissant ce critère ne dispose pas d'obligations de service universel. Ainsi, Michel Bazex et Sophie Blazy expliquent qu'un certain nombre de « *besoins fondamentaux, tels que l'alimentation, l'habillement ou le logement* » ne sont soumis à aucune obligation de service d'intérêt général car ils seraient « *satisfaits exclusivement ou majoritairement par le marché.* »²¹⁷ Ce raisonnement a été confirmé par la Commission européenne au sujet de la téléphonie mobile : elle a exclu toute obligation de service universel dans ce secteur du seul fait que « *le marché garantissait à lui seul aux consommateurs un accès abordable à la téléphonie mobile.* »²¹⁸

Il est donc difficile de définir objectivement les critères qui président à l'instauration d'obligations de service universel. Il ne suffit pas d'être un SIEG, puisqu'en exemple, le secteur des transports ne connaît pas d'obligation de service universel. Il ne suffit pas non plus d'être un ancien monopole national du secteur marchand dont le démantèlement serait couvert par la garantie d'un service universel : le secteur du gaz en étant un exemple en France. Pierre Bauby avance l'argument que « *le gaz n'étant pas disponible partout et étant substituable pour tous ses usages* », ce dernier ne pouvait faire l'objet d'un service universel.²¹⁹ Si la question de la contrainte naturelle paraît évidente, la substituabilité peut faire l'objet d'un critère de refus de service universel. Le secteur de la téléphonie mobile a été cité à de nombreuses reprises par la Commission Européenne comme exemple de la réussite de l'économie de marché par sa pénétration dans la population. Il semble substituable à la téléphonie fixe, une réalité qui d'ailleurs ne cesse de croître. Pourtant, c'est bien cette dernière qui fait l'objet d'obligations de service universel.

Brouillant encore les pistes, le service public de l'eau doit nous amener à nous interroger sur la présence ou non de véritables critères permettant de conférer à un secteur des obligations de service universel. L'eau, nécessaire à chaque individu, en tout point du territoire, non

²¹⁷ M. BAZEX et S. BLAZY, Service bancaire de base, service universel et service public, Droit administratif n°6, juin 2005, comm. 93

²¹⁸ COM(2011) 795 du 24 novembre 2011

²¹⁹ P. BAUBY, L'eupéanisation des services publics, *op. cit.*, p124

substituable et dont le marché ne se suffit pas à lui-même, ne dispose pas d'obligation de service universel ! La raison avancée est celle d'un « *service essentiellement local* ». ²²⁰

La lecture simple de la définition du service universel tel que conçu au fil des années par le droit pouvait laisser penser à une norme dont la rigidité n'avait d'égal que la protection de l'utilisateur. Pourtant, alors que l'Union Européenne est parfois critiquée pour ses injonctions financières brutales envers les États, elle se montre assez largement en retrait sur les questions de services d'intérêt général. Le service universel couvre finalement un champ matériel réduit et, sur les secteurs concernés, laisse une importante marge de manœuvre aux États membres.

2§ La marge des États dans la transposition

Cette marge de manœuvre ne fait pas pour autant du service universel une notion totalement à la discrétion des États membres. Il y a une réelle normativité qui bouscule parfois le droit interne de certains pays dans la manière dont ils appréhendaient auparavant leur secteur public. Les États sont parfois très contraints face à ces exigences variables (A). Pour certains États, face à ces contraintes estimées trop exigeantes, le service universel apparaît comme un luxe qui n'est pas toujours respecté (B).

A. La variabilité des niveaux d'exigence du service universel et l'attitude des États membres

L'objectif imposé par le service universel en Europe est-il utopique ? Exiger une présence quotidienne, à chaque point du territoire et accessible à tous, ne relève-t-il pas plus de la définition de super-héros hollywoodien que d'une norme juridique applicable à un opérateur économique ? La réalité se rappelle durement à certaines sociétés qui ne semblent pas en mesure de répondre à de telles attentes. Si l'objectif du service universel se résume à quelques principes précédemment énumérés s'appliquant à tous les opérateurs chargés de ces obligations, la diversité sectorielle conduit chacun de ces acteurs à utiliser des facteurs de productions très variables d'une société à l'autre. Ainsi, si le secteur postal est constitué d'un réseau humain incomparable pour accomplir ses missions, les infrastructures électriques seront nécessairement

²²⁰ Colloque « Quelle place pour le service public dans l'Union ? », CE, 7 décembre 2016

conséquentes pour acheminer l'énergie dans chaque foyer. La diversité de ces facteurs de production entraîne des problématiques différentes.

Si l'expression populaire d'« *instrument de la cohésion sociale* »²²¹, qui n'est pas sans fondement juridique car faisant écho à l'intérêt général, promet un socle citoyen de services de base, le service universel européen va plus loin : il tend à faire de cet espoir doctrinal et historique du « service public à la française » une réalité normative, un accès sans conditions à des besoins essentiels garanti juridiquement.

Cependant, la promesse ne semble pas si simple à tenir. Le désir d'égalité des citoyens devant un certain nombre de droits-créances semble se heurter, dans le cadre des services publics, à l'indépassable réalité démographique française. Desservir chaque citoyen correspond nécessairement à fournir certaines prestations dans des zones de faible densité. L'opération étant le plus souvent déficitaire, le système de péréquation fait peser sur chaque usager le coût de l'intérêt général. Si ce système permet de respecter l'esprit du « service public à la française » s'écartant de la doctrine concurrentielle européenne, ce montage financier soulève une autre question à la fois juridique et économique : jusqu'où peut être placée l'exigence du service universel rendant ce montage financier « acceptable » par les parties prenantes ?

La question se pose particulièrement pour les activités postales. L'exigence demandée à ce secteur entraînera de manière proportionnelle des besoins en termes de personnel, le facteur de production étant principalement le capital humain. Or, la question de la dépense publique est inséparable de cette problématique, la participation financière d'entreprises concurrentes sur le modèle « pay or play » semblant inenvisageable dans ce secteur toujours très monopolistique.

La question du financement des activités postales n'est pas née avec l'ouverture à la concurrence. Elle n'est pas même consécutive à l'Acte unique européen. Le 15 décembre 1983, le Ministre des Postes et des Télécommunications commandait un rapport sur l'avenir de La Poste, évoquant notamment son avenir comptable. Ce rapport évoquait déjà la nécessité de « *rationaliser la distribution* ». Dans un débat qui n'a rien perdu de son actualité, était déjà évoqué « *le public [qui] [...] ignore les difficultés de l'organisation d'un service qui dessert la quasi-totalité des ménages, entreprises, institutions – soit onze millions de points de distribution à travers le pays – et qui se trouve « en bout de ligne » dans la chaîne*

²²¹ J-F LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, 3^{éd.} Paris, LexisNexis, 2018 p.6.

d'acheminement. »²²² La résonnance avec les questionnements actuels semble encore plus forte lorsqu'est évoquée, dès le début des années soixante-dix, « *une politique de fermeture des bureaux de poste en milieu rural* »²²³ qui pourrait être remplacé en transformant « *les petits bureaux en guichets utilisables par divers services publics* », ce qui n'est pas sans rappeler les récentes maisons France Services. Le débat relatif aux dépenses dans le secteur postal n'a donc pas un caractère nouveau consécutif à l'apparition des obligations de service universel. Le maillage territorial nécessaire à ce service est seul responsable de ces dépenses publiques. Le service universel européen ne vient que se superposer à une norme déjà appliquée en France.

L'exigence d'un réseau postal à forte densité est donc historique, tendant à refléter ce que la France attend de son « moteur de la cohésion sociale. » Les obligations de service universel traduisent aujourd'hui la hauteur de la barre que s'est fixée le service universel. Incontestablement, ces exigences sont ambitieuses, tant sur le plan géographique que social.

Sur un plan géographique, l'exigence est double. La première, assez classique, est que « *les prestations du service universel postal sont offertes à l'ensemble des usagers de manière permanente sur tout le territoire métropolitain, dans les départements d'outre-mer, à Mayotte et à Saint-Pierre-et-Miquelon.* »²²⁴, répondant ainsi à ce que l'on attend d'un service universel, à savoir l'universalité. Ceci entraîne à l'évidence un réseau humain historiquement dense²²⁵, puisqu'il n'y a pas aujourd'hui de mécanisation de la distribution du courrier à domicile. La directive de 2008 fixe un objectif de continuité : la nécessité que le service universel « *soit garanti au moins 5 jours ouvrables par semaine "sauf circonstances particulières"* ».

La seconde exigence géographique concerne autant les infrastructures que l'humain. « *Les points de contact avec le public donnant accès aux prestations du service universel autres que les envois en nombre et à l'information sur ces prestations doivent permettre qu'au moins 99% de la population de chaque département soit à moins de 10 kilomètres d'un point de contact et que toutes les communes de plus de 10 000 habitants disposent d'au moins un point de contact par tranche de 20 000 habitants.* » Quant à sa transposition, la loi française dispose d'un

²²² J. CHEVALLIER., L'avenir de la Poste : rapport au ministre des Postes et télécommunications et de la télédiffusion, Collection des rapports officiels, Paris, Documentation française, 1984, p 52-53

²²³ Déjà justifiée à l'époque par « le dépeuplement des campagnes françaises » qui « semblaient rendre inutile le maintien de petits bureaux dont le trafic (...) était insuffisant. »

²²⁴ Article R1-1 du Code des postes et des télécommunications

²²⁵ Le rapport Chevallier mettait en exergue l'augmentation continue du nombre de facteurs : 57 400 agents en 1961, 74 000 en 1972, 97 800 en 1982. Jacques Chevallier et France, éd., L'avenir de la Poste: rapport au ministre des Postes et télécommunications et de la télédiffusion, *op. cit.*, p53. Selon la Cour des comptes, le nombre des facteurs est en 2016 de 73 000 agents (rapport annuel 2016 – février 2016, Cour des comptes).

minimum de 17 000 points de contacts répartis sur le territoire français.²²⁶ Pour la France, il s'agit d'une véritable ambition et d'un défi notable que d'atteindre un tel maillage, le nombre étant de 7 300 lors de la promulgation de la loi. De manière assez peu récurrente en termes de service universel pour être noté, le secteur postal dispose d'objectifs chiffrés, autant en termes de continuité temporelle avec la nécessité d'acheminer le courrier au moins 5 jours ouvrables par semaine, que de continuité spatiale avec ce réseau de points de contacts. De plus, ces objectifs chiffrés sont rares dans les définitions du service universel, mais le niveau élevé de leurs exigences l'est tout autant.

Sur un plan social, là encore de manière assez classique pour le service universel, « *les tarifs pour chacun des services faisant partie du service universel doivent être abordables et mis à disposition de façon à ce que tous les utilisateurs, quel que soit le lieu géographique et compte tenu des conditions nationales spécifiques, aient accès aux services offerts.* »²²⁷

La précision et la hauteur des objectifs fixés par le service universel sont réelles et fortes. Elles respectent néanmoins ce qui peut être attendu d'un service universel : « *les prestations montent au fur et à mesure que le service public évolue.* »²²⁸ Il convenait donc d'avoir une ambition au moins équivalente à ce qui se faisait en pratique dans les États membres et notamment en France.

Or, l'exigence du service universel en termes de moyens semble proportionnelle au coût qu'il engendre. Pourtant, l'évolution et la modernisation du service entraînent des changements notables dans la conception du secteur postal. La correspondance par courrier, historiquement la raison d'être du secteur postal, semble peu à peu vouée à disparaître, emportée par la technologie. Plusieurs États font alors entendre leur voix : doit-on maintenir un service universel aussi exigeant pour un secteur en voie de disparition ? Le volume courrier étant en chute drastique, l'activité ne peut se financer par elle-même sur simple péréquation tarifaire. Il aurait été possible de penser à une péréquation sur des activités plus rentables de l'entreprise, mais la simple « *ouverture à la concurrence ne représente que 5 à 6% des activités postales.* »²²⁹

²²⁶ Loi du 9 février 2010, art. 6

²²⁷ Synthèse du document « Directive 2008/6/CE - L'achèvement du marché intérieur des services postaux de l'UE », Services postaux dans l'Union Européenne, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FRA/TXT/?uri=LEGISSUM:124166>

²²⁸ H. PAULIAT, Le cas des services postaux, Énergie - Environnement - Infrastructures n° 10, Octobre 2016, dossier 29

²²⁹ *Ibid.*

Pour plusieurs États, leur souveraineté en matière de service d'intérêt général s'est tout à coup réveillée, en choisissant délibérément d'aller à l'encontre non seulement de l'esprit du service universel en faisant reculer leur niveau d'exigence mais de la lettre même de la directive postale, aux « *exigences (...) trop coûteuses.* »²³⁰

Le débat autour du niveau d'exigence n'est pas propre au service universel postal. Les États membres ont tendance à vouloir conserver leur sphère d'appréciation du service d'intérêt général. Si la France a pu craindre une remise en cause de son exigence propre au service public lors des premières directives service universel²³¹, il faut également voir l'attitude de certains États jugeant que l'exigence serait parfois trop élevée. Ainsi, selon la thèse développée par Cécile Isodoro, « *l'absence initiale de référence à la notion de service universel dans le secteur de l'électricité peut recevoir plusieurs explications (...) Il est (...) possible de considérer que le service universel représentait (lors de la négociation de la première directive électricité) une exigence jugée excessive par certains pays, tels que l'Allemagne, pour lesquels la problématique des obligations de service public, outre le fait qu'elle peut constituer un frein à l'ouverture du marché à la concurrence, relève de la compétence exclusive des États membres.* »²³²

B. Luxe ou minimum, boycott et sanctions

Le service universel, souvent perçu comme un socle de service public, n'est-il pas bien au contraire un luxe ? La définition retenue de ce terme est « *ce que l'on se permet de manière exceptionnelle de dire, de faire en plus, pour le plaisir.* »²³³ Si, en effet, il est difficile de dire que le service universel soit institué « *pour le plaisir* », il ne faut pas négliger certains de ses aspects luxueux. N'est-il pas, en droit, un socle minimum qui serait considéré par les États membres comme l'obligation de transposer des directives trop rigoureuses ?

Il est paradoxal de penser le service universel comme un luxe, de prime abord. De manière logique, en faisant partie des règles d'exception au principe qu'est la libre concurrence dans l'Union Européenne, légitimant des péréquations financières habituellement dénoncées par

²³⁰ Hélène Pauliat décrit ainsi dans son analyse la « fermeture du dernier bureau de poste (...) aux Pays-Bas le 27 octobre 2011 », la réduction de « l'étendue du service universel par la loi du 26 décembre 2012 » au Luxembourg et la consécration de la disparition « des points de contact et des bureaux de poste » en Allemagne.

²³¹ Remise en cause d'un service public au rabais, qu'il convient plutôt de nuancer eu égard à quelques positions françaises qui seront développées infra

²³² C. ISODORO, L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire: et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni), Paris, France, L.G.D.J., 2006

²³³ Selon le Petit Larousse illustré (2013)

Bruxelles, le service universel ressemble plus à de « la première nécessité » conduisant à déroger au principe. Cette hypothèse semble découler logiquement de la lecture simple de la définition du service universel par les instances européennes.

Mais en regardant la manière dont est appliqué le service universel, le constat est presque contraire à cette volonté. Face aux exigences parfois estimées trop importantes des directives service universel, les États membres n'hésitent plus à faire machine arrière. « *Ce serait alors remettre en cause le principe même du service universel, notion évolutive et dont le niveau doit augmenter au fur et à mesure des progrès technologiques et techniques. Cette piste ne doit pourtant pas être laissée de côté, dans la mesure où la méconnaissance des exigences du service universel commence à apparaître.* »²³⁴

Finalement, le service universel ne serait-il pas un luxe ? Si le luxe a pour but de permettre un train de vie au-delà d'une certaine normalité, l'exception au principe qu'est la libre concurrence par le service universel ne fait-elle pas de ce dernier un luxe ?

Cette hypothèse semble corroborée par le fait que le service universel est de moins en moins respecté²³⁵ mais encore plus par le fait de l'absence de sanctions par la Commission Européenne de ces manquements. « *La Commission ne s'est jamais saisie du problème et la Cour de justice de l'Union n'a pas non plus été saisie par un État membre pour soulever la question de la conformité de ces pratiques aux textes.* »²³⁶ Cela ne veut pour autant pas dire que le service universel n'est pas respecté. En revanche, les sanctions existent plutôt dans un cadre national. Ce sont les autorités de régulation qui vont venir soulever ces manquements. C'est à ce titre que l'ARCEP a ouvert « *une enquête administrative à l'encontre d'Orange* » après avoir constaté que « *certain indicateurs relatifs à la qualité du service universel présentés par Orange pour l'année 2013 n'étaient pas conformes aux objectifs fixés par son cahier des charges.* »²³⁷

Les instances européennes n'agissant pas devant des manquements aux directives relatives au service universel, laissant ainsi aux autorités nationales de régulation le soin de prendre des sanctions, il est possible de considérer que l'Europe relègue au second plan le respect du service

²³⁴ H. PAULIAT, *Le cas des services postaux, op. cit.*

²³⁵ Voir les analyses sur le service universel postal au point précédent

²³⁶ H. PAULIAT, *Le cas des services postaux, op. cit.*

²³⁷ Communiqué de presse de l'ARCEP du 25 avril 2016

universel. L'autre hypothèse serait que l'Union Européenne laisse à un plan plus national la gestion des services d'intérêt général, en application du principe de subsidiarité.

Dans tous les cas, un certain nombre d'obligations de service universel semblent trop exigeantes pour certains États membres. En reléguant ces directives à du superflu onéreux, l'hypothèse d'un service universel synonyme de luxe ne semble pas improbable.

Ces problématiques de niveau d'exigence ont conduit l'Union Européenne à réfléchir à des directives laissant une grande marge de liberté dans l'application du service universel. Alors même que ce socle semble compliqué à mettre en œuvre et à faire respecter pour un certain nombre d'États, la définition du service universel laisse ouverte la possibilité d'aller au-delà de ce socle.

La notion de service universel ne prend finalement que la forme que le législateur souhaite lui donner. En l'occurrence, il semble vouloir lui donner de l'élasticité. En utilisant la directive pour intervenir et en limitant de manière restrictive les matières concernées, l'Europe se montre peu exigeante sur le résultat de la notion. Elle confie cette gestion aux États membres, qui doivent s'en saisir et l'appliquer avec une appréciation certaine. Aujourd'hui, le bilan qui peut en être dressé est celui d'une protection pragmatique mais surtout très relative.

Section II : La faiblesse de l'utilisation du service universel

Du point de vue du droit français, il fut au départ difficile de concevoir le service universel comme un plus par rapport au droit des services publics interne existant. Le droit français consacrait « *le service public comme la pierre angulaire du droit administratif* » alors que le droit européen commençait à évoquer un droit minimal de services d'intérêt général. L'approche communautaire est donc tout à fait différente de la conception française. Les instances européennes ont conçu une notion heurtant le moins possible le principe de subsidiarité, ce qui explique en partie son caractère peu ambitieux (1§). Souvent, les approches nationales sont le prétexte de cette faiblesse, mais il faut constater que des éléments communs à tous les États peuvent servir de terreau à un service universel européen renouvelé (2§).

1§ Une notion pragmatique mais sommaire

Le droit européen adopte un point de vue propre sur ses services d'intérêt général. Il érige un service universel pragmatique : loin des principes qui structurent le droit français, le droit communautaire fixe des objectifs simples mais tournés vers l'universalité (A). En revanche, il est difficile de considérer le service universel comme une base vers une doctrine européenne des services d'intérêt général sans plus de précisions sur sa « théorie » (B).

A Un ensemble d'éléments protecteurs complet

1. La garantie spécifique européenne de la protection de l'intérêt général

L'intérêt général commande, en droit européen comme en droit interne, l'application d'un autre régime juridique que pour les activités économiques ne revêtant pas ce caractère. Cette labellisation d'activité d'intérêt général permet les montages financiers nécessaires à leur réalisation et qui seraient contraires au droit de la concurrence si ce caractère n'était pas retenu. En écartant tout « *procès d'intention* »²³⁸ au droit communautaire, que l'on considère que le service universel ait été conçu dans le dessein d'un socle social européen ou d'une simple étape de transition vers des marchés ouverts totalement à la concurrence, le service universel est avant tout imaginé dans le but de protéger les citoyens européens des effets incontrôlés et/ou indésirables de la mise en concurrence.²³⁹

Le législateur européen consacre ainsi la nécessité de garantir un niveau intangible de service public, qui ne souffrirait d'aucune façon dans aucun État des évolutions dues à la libéralisation des services d'intérêt économique général. Peu importe la hauteur de la protection que garantit ce socle, il s'agit avant tout d'une protection. L'usager européen n'a pas de crainte à avoir quant à la libéralisation de ses services publics, engendrant parfois des changements majeurs sur la taille des secteurs publics nationaux, puisque l'Europe tend un filet de sécurité lui garantissant toujours un minimum vital, même s'il reste à définir, pour vivre.

²³⁸ Le terme est utilisé par Claude Blumann in « Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'Union Européenne » in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, p.47

²³⁹ Résonne avec l'idée d'un « *droit* "universel" d'accès à certains services dans des conditions "raisonnables", parce que ces services sont constitutifs d'une citoyenneté moderne » selon J. GADREY, « Service universel, service d'intérêt général, service public : un éclairage à partir du cas des télécommunications et du secteur postal in Politiques et management public, vol.15, n°2, 1997, pp.43-72

Il s'agit sans aucun doute d'une conciliation qui évite de penser l'Union Européenne comme ultra-libérale. Elle reconnaît en tout cas des limites à ce genre de politique. L'idéologie libérale, fondée sur des préceptes tels que « *moins les personnes publiques interviennent dans la vie des citoyens, notamment leur vie quotidienne, moins il existe de services publics et mieux s'en portent les libertés individuelles* »²⁴⁰, semble ne pas résonner avec le concept de service universel protégeant le citoyen des déviances de l'idéologie libérale. Finalement, et à l'instar du service public français, le service universel protège l'intérêt général des effets néfastes de la mise en concurrence. L'Union européenne a admis très clairement en 1969 que les obligations de service public étaient nécessaires pour assurer l'intérêt général.²⁴¹ De plus, bien que difficile à en définir les contours, « *les arrêts Corbeau et Commune d'Almelo montrent que le but d'intérêt général n'est pas la réalisation d'un profit. La satisfaction de l'intérêt général dans le service public n'est pas « en prime », elle se trouve à l'origine même de l'érection d'une activité donnée en une mission de service public.* »²⁴²

L'Union Européenne admet donc de manière claire, par ces différentes positions et dispositions, que l'intérêt général doit être protégé des conséquences plus ou moins contrôlées de la libéralisation par des normes dérogeant à la prédominance de l'économie de marché. Le service universel se définirait donc comme le « zéro absolu » de la garantie de l'intérêt général, comme le minimum de prestation donné de certaines activités auxquels le citoyen européen aurait un droit intangible.

Il est donc constaté que cette approche de l'Union européenne tendant à la satisfaction de l'intérêt général est tout à fait classique en ce qui concerne le droit spécifique du financement des services d'intérêt général, se rapprochant notamment du droit des services publics français. La règle générale veut que les activités économiques soient soumises à la loi du marché, sauf en cas d'identification de service public, ce qui entraîne alors l'application d'un autre régime juridique. Ce dernier protège l'intérêt général, ce qui finalement est également le cas du régime des SIG en Europe.

Néanmoins, la question en suspens est de savoir ce qui est protégé quand est évoquée la notion d' « intérêt général ». Le propos n'est pas de définir une notion sur laquelle la doctrine s'est

²⁴⁰ J-F LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, *op. cit.*

²⁴¹ Ainsi, les articles 2-1 et 2-2 du règlement 1191/69 du 26 juin 1969 « relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable » disposent qu' « il faut entendre les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions. »

²⁴² J-F LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, *op. cit.*

largement penchée, mais de comprendre par quels canaux le droit de l'Union européenne et le droit français protègent cet intérêt général. Le droit des services publics s'assure de la bonne protection de l'intérêt général en vérifiant le respect des lois de Rolland : une activité identifiée comme d'intérêt général répondra à son objet en assurant continuité, égalité et adaptabilité. Donc les services publics devront respecter ces valeurs pour que leur but soit accompli. Il faut, dans l'esprit du législateur français, irriguer ces trois canaux pour remplir la mission d'intérêt général.

L'approche communautaire est finalement un peu différente afin de satisfaire le même but. L'idée des « *textes fondateurs insiste plus sur les conséquences attachées à la notion, au régime, qu'à la notion elle-même. Ils insistent, en effet, sur l'égalité d'accès quelle que soit la situation sociale ou géographique de l'utilisateur.* »²⁴³ La nuance est ténue, le droit européen vise les résultats plutôt que les moyens, mais l'accessibilité sociale et géographique est le canal à irriguer identifiables aux lois de Rolland.

2. *Les composantes protégées par le service universel*

La protection de l'intérêt général revient donc, pour le droit européen, à assurer l'accessibilité à un certain nombre de services essentiels. La législation varie d'un secteur à l'autre mais la substance des obligations reste bien souvent la même : une accessibilité sans conditions géographique ni sociale et une qualité définie.

La palette de ces protections semble intéressante du point de son exhaustivité. En spécifiant ce type d'accessibilité, l'universalité semble effective plus que celle du service public français.²⁴⁴ En effet, si la localisation géographique et le prix du service ne sont plus des obstacles, il est a priori accessible à tous.

La garantie d'une accessibilité qui n'est pas dépendante de la zone géographique de l'utilisateur est primordiale dans un souhait d'universalité et pourtant très peu traitée par le droit français. La continuité spatiale ne fait pas encore l'objet d'une structuration suffisante pour qu'elle soit réellement garantie. Pour les entreprises de réseaux, cette omniprésence géographique est un

²⁴³ J. GADREY « Service universel, service d'intérêt général, service public : un éclairage à partir du cas des télécommunications et du secteur postal », *op. cit.*

²⁴⁴ Gilles J. Guglielmi démontre dans « Un service public universel ? » que l'universalité du service est parfois relative. Il n'est pas universel dans son contenu puisqu'il est sectorialisé, il n'est pas universel pour les prestataires puisqu'il faut une habilitation et enfin il n'est pas « totalement » universel pour les destinataires puisque « les exclusions sociales et économiques profondes demeurent inaccessibles à ce service voulu universel. »

véritable défi économique, humain et/ou matériel.²⁴⁵ Mais s'il n'est pas relevé, le service n'est finalement plus universel. Le coût de l'investissement nécessaire pour desservir les zones reculées donc non-rentables est la raison primordiale de la subvention croisée justifiant parfois l'établissement d'un service universel. Il suffit donc a priori de faire la demande d'un service défini comme universel pour l'obtenir. Cette exigence semble être également une limite au développement du champ matériel de la notion de service universel puisqu'il est impossible que certains services d'intérêt général, du fait de la nature même de leurs infrastructures, puissent remplir ce critère d'accessibilité géographique (le secteur ferroviaire, gazier ou aérien en sont de parfaits exemples²⁴⁶). L'accessibilité géographique est donc une composante nécessaire de l'universalité mais semble également constituer la limite de son extension matérielle.

Ensuite, l'accessibilité sociale du service universel est également une composante de ce dernier. L'universalité suppose que chaque utilisateur final²⁴⁷ ait accès au service, ce qui signifie que sa richesse ne doit pas constituer un obstacle à l'obtention de ce service. Ces mécanismes de péréquation tarifaire étaient connus du droit des services publics français bien avant le service universel et justifiaient en partie la constitution de monopoles. Si aujourd'hui, ces derniers tendent à être violemment heurtés par le droit communautaire, le service universel souhaite tout de même protéger les usagers vulnérables aux fluctuations économiques. Pour Martine Long, « *cette notion a permis de développer une finalité sociale pour des services qui étaient très largement dans une logique commerciale.* »²⁴⁸ Successivement, sont listés les secteurs du service universel faisant l'objet d'aménagements tarifaires : l'article 337-3 du Code de l'énergie qui dispose que « *les tarifs de vente d'électricité aux consommateurs domestiques tiennent compte du caractère indispensable de l'électricité pour les consommateurs dont les revenus du foyer sont, au regard de la composition familiale, inférieurs à un plafond* » ; l'article 35-1 du Code des postes et des télécommunications électroniques qui prévoit « *un raccordement à un*

²⁴⁵ Voir supra Chapitre II, Section 1, §2, A : La contrainte de la transposition des éléments

²⁴⁶ « Lorsque l'on évoque leurs contributions à l'intérêt général (aménagement du territoire, etc...), on ne le fait pas en référence à la notion de service universel. Il est vrai que l'idée d'un « raccordement universel » s'applique mal à ces services, d'abord parce qu'elle est techniquement et économiquement irréaliste (on ne réclame pas une gare dans chaque commune, encore moins un aéroport, et on ne distribuera pas le « gaz de ville » dans les campagnes), ensuite parce que des biens et des services de substitution existent qui peuvent contribuer, de façon plus efficace, à l'accomplissement des missions d'intérêt général visées. » J. Gadrey, Service universel, service d'intérêt général, service public : un éclairage à partir du cas des télécommunications et du secteur postal, *op.cit.*

²⁴⁷ Comme le désigne la Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, dite « service universel », JOCE 24 avril 2002, considérant n°4

²⁴⁸ M. LONG, Tarification, accessibilité, les enjeux sociaux des services d'intérêt économique général, Energie – Environnement – Infrastructures n°10, Octobre 2016, dossier 27, §11

réseau fixe ouvert au public et un service téléphonique de qualité à un prix abordable » et enfin « l'exigence d'un prix unitaire » de la loi concernant les obligations du service postal.²⁴⁹

Pour en faire un véritable socle social, le service universel devait être accessible à tous. Les questions géographiques et sociales ont été traitées certes de manière sectorielle mais chaque secteur répond à ses obligations.

Enfin, bien qu'imprécise, la notion de qualité est également demandée aux secteurs du service universel. Cette imprécision est de nature à laisser au législateur une marge d'appréciation importante lors de la transposition, permettant d'éviter toute exigence trop importante²⁵⁰ tout en laissant entendre au législateur qu'un minimum est requis.

Créer un socle de service universel, dont les États doivent se saisir pour ensuite éventuellement l'aménager à la hausse, nécessitait donc des instruments juridiques offrant des garanties d'accessibilité. Ces protections sont assurées par ces couvertures géographiques et sociales. Cependant, ces garanties semblent d'une nature différente des principes structurant le service public français.

B Une absence de vocation à structurer le service public

1. L'idéologie structurante du service public français

Le service universel doit permettre de garantir à chaque Européen un certain nombre de prestations. La comparaison avec la construction du service public français s'arrête aux questions de justification de restriction de concurrence au nom de l'intérêt général, mais ne s'étend sans doute pas à d'autres problématiques qui structurent le service public tel qu'on le connaît.

Il a été rappelé qu'aujourd'hui, l'imagerie populaire fait du service public d'abord un vecteur de cohésion sociale. Le lot d'imperfections qui ne manquent pas d'être soulignées par les usagers ne remet pas en cause l'idée que le service public remplit son rôle de « moteur de la cohésion sociale » par les principes qui lui sont fixés. De ces principes découle le régime

²⁴⁹ Loi n°2010-123, 9 février 2010, JO du 10 février 2010, p.2321

²⁵⁰ Voir supra Chapitre II, Section 1, §2, A, La contrainte de la transposition des éléments

juridique assigné aux services publics, qu'ils soient gérés ou non par une personne publique. Véritable marque de fabrique du service public à la française²⁵¹, « *cet ensemble de principes communs permet d'en sauvegarder l'essence et d'assurer l'unité du régime juridique qui le singularise au sein du droit administratif.* »²⁵² Ces fameux principes - continuité, égalité et mutabilité – entraînent une jurisprudence administrative foisonnante depuis plus d'un siècle et donnant corps aux services publics en France.

L'idée de socle du service universel ne semble pas donner ce corps, ne pas définir l'essence, les principes guidant un éventuel service public européen. Cette absence de fil directeur et de principes communs est à l'opposé d'une citoyenneté européenne reposant sur des valeurs partagées. Le filet de sécurité est le seul élément commun à chaque usager. « *La Commission n'a ainsi pas défini en la matière un intérêt général européen qui transcende les intérêts des États. Bien au contraire, la Commission européenne veille à censurer les erreurs manifestes d'appréciation pouvant se matérialiser dans la définition des SIEG par les États.* »²⁵³ Là encore, la création du service universel, tout comme le protocole n°26 annexé au TFUE, démontrent assez clairement le manque d'ambition en ce qui concerne la volonté européenne de s'emparer de la question des services publics.

2. *Le pragmatisme de la notion de service universel*

La seule structure commune repose donc sur l'accessibilité des services.²⁵⁴ Il s'agit sans doute d'ailleurs plus d'un résultat à obtenir, que les principes qui fondent le service public en France, qui relèvent de la ligne directrice et de l'identité du service public. D'ailleurs, ces moyens que constituent les lois de Rolland permettent d'arriver au résultat d'accessibilité du service universel. Gilles J. Guglielmi démontre ainsi que le principe d'égalité, à la fois dans le traitement mais aussi dans l'accès, présente nécessairement « *la caractéristique d'être universelle* ». La continuité, à la fois temporelle et spatiale, est « *la plus grande universalité* » qui « *pérennise entre les hommes un échange rendu dans l'intérêt de tous.* » Enfin, le principe de mutabilité « *incarne le service public universel dans son être parce que, toujours adaptable,*

²⁵¹ Pierre Bauby explique notamment que le « service public » est fortement idéologisé en France, citant l'exemple des lois de Rolland dans *L'européanisation des services publics*, *op. cit.*

²⁵² G-J GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 3 éd., Paris, Montchrestien, 2011.

²⁵³ M. LONG, *Tarification, accessibilité, les enjeux sociaux des services d'intérêt économique général*, *Energie – Environnement – Infrastructures* n°10, Octobre 2016, dossier 27, §18.

²⁵⁴ « Le statut des SIEG qui transparait dans le protocole n°26 apparaît ainsi comme un statut a minima dans lequel d'ailleurs la finalité sociale n'est présente qu'au travers de la question de l'accessibilité et de la notion de prix abordable » Martine Long, *Tarification, accessibilité, les enjeux sociaux des services d'intérêt économique général*, §18.

les modifications qui l'améliorent (...) renforcent la permanence et la stabilité de la notion qui structure et rend possibles ses multiples manifestations. »

Le service universel n'est donc pas une notion creuse mais n'est pas pour autant structurante. Il enrichit et pose des jalons à une construction normative européenne des services d'intérêt général, mais en l'absence de principes directeurs, de valeurs communes, et avec l'objectif finalement unique de garantir un accès à un minimum de prestations, qualifié parfois de régime du pauvre ; le service universel est loin de garantir de manière satisfaisante un socle juridique des services d'intérêt général européen.

2§ Une notion confrontée à la diversité des États membres

Le service universel a-t-il finalement la simple possibilité d'être ambitieux ? Si le droit européen ne réforme pas en profondeur les services d'intérêt général vers un socle réhaussé, l'hétérogénéité juridique mais aussi naturelle des États en est en partie responsable (A). Pourtant, la politique européenne volontariste d'harmonisation du marché et les points communs des SIG laissent penser que le service universel pourrait avoir un autre visage plus reluisant (B).

A La présence de frontières juridico-culturelles

La marge d'appréciation des États dans le service universel peut s'expliquer par différentes problématiques à la fois juridiques (1) et extra-juridiques (2).

1. Les problématiques de la diversité juridique des États-membres

Le vocable de « service universel » a l'avantage et l'ambition d'aligner à l'échelle européenne l'appellation d'un objet juridique relevant séculairement d'une appréciation nationale. Le poids des cultures et des traditions économiques marque les États de manière propre et la conciliation soulève plusieurs difficultés. Pierre Bauby souligne qu'« *alors que chaque État, dans le cadre de la construction de l'État-nation, avait défini et construit dans son histoire longue son propre mode d'organisation et de régulation des activités de « service public » en relation avec ses*

traditions, son organisation et sa culture, c'est de plus en plus au plan européen que se définissent les principes et les normes, même si les États n'ont pas perdu toute capacité d'analyse et de choix. »²⁵⁵

Tout d'abord, un socle de service public sous-entend au préalable que cette même notion de service public existe. Si le droit français et les premières analyses de la doctrine accueillait de manière froide la création du service universel²⁵⁶, d'autres États eurent des accueils différents en fonction de leur propre gestion du financement de leurs activités d'intérêt général. Si le service universel n'est pas allé au-delà de cette idée de socle, une des raisons peut sans doute se trouver dans le fait que bâtir une théorie européenne du service public, ce vers quoi un certain nombre de positions françaises se tournaient, aurait sans doute été une brusque irruption dans la culture des services d'intérêt général de certains pays européens.

Au Royaume-Uni, « *public service* » ne se rapporte qu'à l'administration et à la fonction publique, et donc est synonyme de « *civil service* ». Les activités économiques d'intérêt général demandant des investissements élevés pour fonctionner, tels que les entreprises de réseaux, sont des « *public utilities* ». Ces activités d'intérêt général ne se retrouvent pas sous le terme « *public service* », malgré la réglementation qui en découle. Le Royaume-Uni ne consacre pas au même niveau que le droit français la valeur explicative de la notion de service public.²⁵⁷

L'explication qui pourrait être avancée de cette différence entre droit français et droit anglo-saxon est celle de la place réduite du droit administratif dans ce dernier à l'inverse de l'important dualisme hexagonal. Or, cette explication doit être rejetée au regard des activités d'intérêt général telles qu'elles existent en Allemagne. Les services publics entrant dans la catégorie du service universel seraient les « *Daseinsvorsorge* », « *services nécessaires à la vie des citoyens*. » Elle n'apparaît pas dans la Loi fondamentale, mais disséminée dans plusieurs textes législatifs alors que la place du droit public en Allemagne est forte.

Il peut alors être rétorqué qu'il s'agirait de la manière d'aborder le service public dans les États à tendance plutôt libérale. Mais alors, comment expliquer que le service public n'existe pas dans les pays européens scandinaves, idéologiquement tournés vers l'État-providence ?

²⁵⁵ F. BAUBY, *L'eupéanisation des services publics*, op. cit., p.13

²⁵⁶ Franck Borotra qualifia dans son rapport le service universel comme une « conception misérabiliste ». Rapport d'information sur le service public dans le cadre de l'Union européenne, Assemblée nationale, Paris Assemblée nationale 1995

²⁵⁷ F. MODERNE et G. MARCOU (dir.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*

Il est parfois avancé qu'il s'agit d'une erreur française, que le terme de service public recoupe approche organique et fonctionnelle, alors que la première s'assimile finalement plutôt au secteur public (ou non). Le service public relèverait des obligations imposées à l'entreprise, au sens européen du terme. Or, de manière purement sémantique, en Grèce et au Luxembourg, le terme de service public désigne « *les structures administratives en charge du service.* »²⁵⁸

Finalement, il n'y a pas de critère d'identification unique en Europe du service public, puisque la notion est bâtie par chacun des États. Utiliser un vocable unique dans l'Union européenne sur un sujet entraînant les États à vite agiter le drapeau du principe de subsidiarité est donc une entreprise difficile. Selon la classification de Franck Moderne²⁵⁹, reprise par Jean-Louis Bodiguel²⁶⁰, les États peuvent se retrouver dans trois catégories : ceux où « *le concept de service public bénéficie d'une forte valeur ajoutée* », où la France serait sans doute seule, « *les États où le concept de service public bénéficie d'une audience certaine mais relative* » avec des pays « *culturellement proches de la France et/ou qui ont subi son influence comme la Belgique, l'Espagne, la Grèce ou l'Italie.* » Enfin, « *les États où l'idée de service public est admise mais sans produire d'effets juridiques particuliers.* »

Le type de l'État en question est également un facteur faisant varier de manière relativement importante l'organisation des services publics. Les États de type fédéral, tel que l'Allemagne, privilégient la gestion de proximité des services d'intérêt général. En revanche, le cas français tend à montrer qu'il est plus facile pour un État unitaire, quel que soit son niveau de décentralisation, de créer un service d'intérêt général à l'échelle du territoire national.

Le service universel se heurte donc frontalement à la difficulté de la différence culturelle de l'approche juridique des États. Si le marché unique et les règles de libre-échange se sont progressivement uniformisés, depuis la CECA jusqu'au marché unique, l'eupéanisation des services publics n'en est qu'à ses balbutiements. En conséquence, la notion de service universel ne pouvait pas, quand bien même le législateur européen aurait cette ambition, bâtir une politique européenne des services d'intérêt général, sans être progressif sous peine de bousculer le droit interne des États en la matière.

²⁵⁸ La comparaison des termes de service public dans les Etats membres est réalisée par Pierre Bauby, L'eupéanisation des services publics, *op. cit*

²⁵⁹ Franck Moderne, Analyse comparative des notions de services publics dans les Etats membres », *in* Christian Stoffaës, ed. l'Europe à l'épreuve de l'intérêt général, Paris, ASPEurope Editions, 1994

²⁶⁰ Europa, Rapport général de synthèse, L'avenir des missions de service public en Europe ?

2. Les problématiques de l'hétérogénéité extra-juridique des États-membres

Parfois, ces différences juridiques mises en lumière sont la conséquence de contraintes naturelles plus que de choix politiques ou idéologiques. Le poids du principe de subsidiarité tire son explication en partie de l'importance des caractéristiques nationales lorsqu'est organisé un service public à l'échelle d'un pays.

Le service économique d'intérêt général justifie certaines dérogations aux règles du marché encadrées par l'article 90§2 TFUE. Ces dernières s'expliquent le plus souvent par le besoin d'accès d'une population à un bien ou à un service jugé à un moment donné d'intérêt général. Or le marché ne satisfait pas toujours à ce besoin lorsque la rentabilité n'est pas suffisante pour l'opérateur économique. Souvent, cette absence de rentabilité s'explique par des réalités territoriales et géographiques.

Le service universel est donc un instrument juridique unique chargé de corriger des problèmes d'accessibilité à des services car le marché n'y satisfait pas, notamment à cause de conditions géographiques. Naturellement, chaque espace géographique est différent, donc chaque obligation de service universel aura un coût unique. D'un pays à l'autre, le service universel sera donc très variable, ce qui explique également que l'organisation des services publics doit souvent se rapprocher du niveau local.

*« On n'organise pas l'approvisionnement en eau de la même manière si l'on est dans une zone où la ressource est abondante, facile d'accès et de bonne qualité et dans un territoire où l'eau est rare, difficile d'accès et polluée. Les réseaux de transport, leur accessibilité, leurs coûts de construction et d'entretien sont très différents selon que le territoire est urbain et dense ou montagneux et peu peuplé. »*²⁶¹ Pierre Bauby met en lumière les contrastes entre territoires qui expliquent le cas unique de chaque gestion de service public. Les contraintes géographiques obligent à une lecture au cas par cas des services publics.

En liaison avec les contraintes géographiques, la densité de population est également un facteur de forte variation de gestion des services publics d'un État à l'autre. Là encore, par exemple, *« ce n'est pas avec les mêmes formes que l'on ramasse et distribue le courrier aux Pays-Bas et dans les îles grecques ; que l'on organise l'accès de tous les enfants à l'enseignement en Allemagne ou dans le nord de la Suède. »*²⁶²

²⁶¹ P. BAUBY, L'eupéanisation des services publics, *op.cit.*

²⁶² *Ibid.*

Ces disparités géographiques, que soient évoquées la forme du territoire ou sa densité, furent bien souvent la justification de la création d'un monopole installant un contrôle national de la distribution d'un service. En effet, la péréquation tarifaire des zones à faible densité se retrouvait facilitée, le marché à lui seul ne répondant pas aux demandes de ces zones non-rentables. Cela explique également la nécessité de gérer au niveau local ces problématiques géographiques.

Le service universel commande une accessibilité à la population sans donner la ligne exacte à suivre pour les États. Le principe de subsidiarité est encore de mise et la marge d'appréciation de l'État dans la gestion de ses services d'intérêt général est encore très forte (hormis les directives de libéralisation.) Les problématiques géographiques peuvent justifier en partie le choix communautaire. Des services d'intérêt général pilotés depuis les instances européennes ne seraient a priori pas judicieux pour prendre en compte ces complexités. Il y a donc une sorte de garde-fou installé par le droit de l'Union européenne : l'accessibilité de tous les usagers au service universel, avec une déclinaison nationale par les États membres qui connaissent les disparités géographiques. « *Alors que le droit communautaire s'impose au droit national de chaque État membre, les mêmes secteurs, régis par les mêmes corps de règles juridiques communautaires, vont se révéler être organisés et régulés différemment selon les pays.* »²⁶³

Ces différences logiques qui résultent de circonstances naturelles ou historiques ne doivent pas pour autant laisser penser que l'harmonisation est impossible : d'une part, tous les États reconnaissent des obligations spécifiques pour certaines activités d'intérêt général et d'autre part, l'achèvement du marché unique (qui montre que toute volonté peut mener à une harmonisation entre les États membres) a eu pour effet collatéral d'homogénéiser, au moins en partie, vocabulaire et régime de financement des SIG en Europe.

²⁶³ *Ibid.*

1. *Le rapprochement des services d'intérêt général*

Le service d'intérêt général semble prendre autant de formes qu'il existe d'États dans l'Union Européenne. Néanmoins, l'émergence du « *serpent de mer* » qu'est le SIEG²⁶⁴ est dû à des objectifs communs qui permettent de rapprocher les notions au-delà des frontières européennes, « *les évolutions enregistrées tant par le service public que le service d'intérêt général révèlent une indéniable convergence vers un système de principes et valeurs communs.* »²⁶⁵

La raison de la mise en place d'un service universel est aussi celle de la volonté des États membres d'aller au-delà d'une simple coopération économique. Un tournant est peut-être marqué avec la volonté de remplir des objectifs différents du marché unique connu jusqu'ici. Le traité d'Amsterdam fut un premier pas vers la diversification des raisons d'être de l'Union Européenne en évoquant « *la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union.* »²⁶⁶ En affirmant dans le même article que l'Union et les États-membres « *veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions* » est mis en exergue la volonté des États membres d'instaurer une cohésion sociale et territoriale de l'Union.

Le « *moteur de la cohésion sociale* » se déclinerait à l'échelle européenne, cette dernière étant donc propre à tous les États membres. « *La notion de cohésion sociale et territoriale, en raison de sa généralité, trouve une résonance dans tous les États. Partout elle semble liée à une exigence d'accessibilité de tous à des services ou prestations, quels que soient les conditions sociales ou le lieu de résidence de l'utilisateur.* »²⁶⁷ Si la cohésion sociale et territoriale se rapproche de l'exigence d'accessibilité, alors le service universel est un instrument permettant de la réaliser.²⁶⁸

²⁶⁴ G. J. GUGLIEMI, La définition européenne du service d'intérêt économique général : serpent de mer ou nécessité ?, Energie – Environnement – Infrastructures n°10, Octobre 2016, dossier 24

²⁶⁵ J-F LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, *op. cit.*

²⁶⁶ Article 7 D du Traité d'Amsterdam, article 14 TFUE du traité consolidé

²⁶⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, Service d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriales, AJDA 1999, p.959

²⁶⁸ « C'est sans que la notion soit explicitement utilisée que la directive du 24 juillet 1990 sur les télécommunications définit le service universel comme une prestation ayant une « couverture géographique

Malgré sa présence « *universelle* », la cohésion sociale et territoriale n'a pas la même portée juridique dans tous les États. En Grande-Bretagne, elle justifie « *l'accès aux services des habitants des territoires enclavés sans payer un prix déraisonnable.* » En Allemagne, il s'agit « *d'un moyen de maintenir sur tout le territoire des infrastructures de base assurant à tous, de manière égale, fiable et continue, les conditions essentielles de la vie physique, économique, sociale et culturelle.* »²⁶⁹ En Espagne, la cohésion sociale et territoriale est invoquée pour « *la redistribution des richesses ou les fonds de compensation entre les communautés autonomes.* »²⁷⁰ Enfin, en France, le service public est considéré comme l'organe de la cohésion sociale, justifiant longtemps les tarifs réglementés de l'électricité ou du gaz, ou encore l'unicité du prix du timbre.

Peu à peu, malgré les différences frappant les services d'intérêt général entre chaque pays, le service universel s'impose comme un instrument commun puisqu'il permet de répondre à un objectif également commun.

La cohésion sociale et territoriale tend – juridiquement – à gagner de l'importance au sein du droit de l'Union Européenne. Le traité de Lisbonne s'accompagne d'un protocole relatif aux SIEG²⁷¹, les consacrant donc au sommet de la hiérarchie des normes européennes. La Charte des droits fondamentaux rejoint également le niveau juridique des traités par l'entrée en vigueur de celui de Lisbonne. L'article 36 de la Charte « *reconnait et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.* »

Le service universel est l'instrument de l'accessibilité aux services d'intérêt général, donc il promeut cette cohésion sociale et territoriale européenne. L'unité européenne du service universel est à relativiser : il y a un objectif commun à remplir à l'aide du même instrument juridique, mais le principe de subsidiarité laisse aux États une marge de manœuvre dans son

générale, et étant fournie sur demande et dans un délai raisonnable à tout fournisseur de services ou utilisateur ». *Ibid.*

²⁶⁹ V. I. PERNICE, L'article 7 D du traité d'Amsterdam et le service public en Allemagne, journée d'étude « Le service public dans le traité d'Amsterdam, 10 juillet 1998, Institut international de Paris-La Défense *cité par* Véronique Champeil-Desplats, Service d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriales, *op. cit.*

²⁷⁰ V. L.-M. DIEZ-PICAZO, L'article 7 D du traité d'Amsterdam et le service public en Allemagne, journée d'étude « Le service public dans le traité d'Amsterdam, 10 juillet 1998, Institut international de Paris-La Défense *cité par* Véronique Champeil-Desplats, Service d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriales, *op. cit.*

²⁷¹ Protocole n°26 annexé au Traite de Lisbonne

utilisation, forcément distincte d'un État à l'autre au vu des différences juridico-culturelles. En revanche, l'Union Européenne avance pas à pas dans le rapprochement du régime juridique des services publics et uniformise les services d'intérêt général.

2. *L'uniformisation des modèles de services d'intérêt général en Europe*

S'il existe bien quelques points communs dans leur destination, la diversité de nature et de régime des services économiques d'intérêt général reste bien réelle.²⁷² Pourtant, le droit de l'Union Européenne façonne peu à peu un moule de ces services.

Un effet cascade s'est produit. Si initialement, le législateur européen n'entendait pas intervenir dans des domaines relevant du principe de subsidiarité et des choix des États membres (et surtout des matières plus sensibles telles que les services d'intérêt général), achever le marché unique allait entraîner des dommages collatéraux sur des matières a priori exclues du champ d'intervention européen. Les services d'intérêt général, sans trop empiéter sur la compétence des États membres, ont été abordés tout de même par les traités européens peut-être pour aborder un nouveau champ d'action communautaire, mais surtout parce que l'achèvement du marché unique obligeait à aborder la question épineuse des secteurs publics nationaux.²⁷³

Pour éviter que des obstacles nationaux causés par cette diversité des secteurs publics et des règles de concurrence en découlant n'entravent l'achèvement du marché européen suite à l'Acte unique, il fallait donc uniformiser un certain nombre de régimes juridiques, notamment en créant un langage commun. Il fallait une convergence des termes utilisés et des objectifs à mener.

En premier lieu, il faut constater l'uniformisation des termes utilisés. Pour qu'il n'y ait pas de confusion entre les différentes approches nationales, l'utilisation de termes identiques s'est avérée commode. « *La Commission européenne a progressivement établi un corpus de définitions, qui, sans être « officielles », font aujourd'hui consensus parmi les acteurs*

²⁷² Voir supra. A La présence de frontières juridico-culturelles

²⁷³ « Il n'est donc pas étonnant que le traité de Rome n'attribue aucun pouvoir spécifique « positif » à la Communauté en ce qui concerne le fonctionnement des services d'intérêt général parmi les objectifs communautaires. C'est essentiellement aux autorités compétentes nationales, régionales et locales qu'il appartient de définir, organiser, financer et contrôler les services d'intérêt général. » M. DONY, Les notions de « Service d'intérêt général » et « Service d'intérêt économique général » in Les services d'intérêt général et l'Union européenne, Jean-Victor Louis et Stéphane Rodrigues, p.3

*concernés [...] un langage communautaire se développe et une vision commune émerge progressivement. »*²⁷⁴

Au fil du développement des communications et de la législation européenne s'est développé ce langage commun : un terme large « *services d'intérêt général* » qui sont « *les services économiques et non économiques que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public.* » Cette notion se décline en trois sous-catégories : le service d'intérêt économique général, le service non économique d'intérêt général et le service social d'intérêt général. Le service universel se positionne différemment de ces sous-catégories. Il tend à apparaître aujourd'hui comme une simple sous-catégorie du service d'intérêt économique général, un régime juridique qui ne s'appliquerait qu'à certains secteurs de ce dernier sous forme d'obligations incompressibles.

L'utilisation de termes identiques n'est pas simplement cosmétique. L'utilité de cette harmonisation participe surtout à l'uniformisation des régimes juridiques. Chacun des « services publics » nationaux ayant une délimitation unique²⁷⁵, utiliser des termes harmonisés permet pour les instances européennes d'agir sur un cadre qu'elles ont elles-mêmes délimité.

En second lieu, les États membres harmonisent également désormais la physionomie et le régime de leurs services d'intérêt général, en poursuivant un but identique. D'une part, sous l'influence du droit de l'Union européenne et de l'Acte unique européen, les monopoles de droit gérant des services publics ont logiquement décliné. En France leur place était historique, et la transformation est encore en cours. Même si les « *traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* »²⁷⁶, « *de fait, initialement, la libre prestation des services, les libertés d'établissement, de circulation de marchandises ont amené à remettre en cause les monopoles publics dans l'Union européenne.* »²⁷⁷ Si, dans les textes, l'Union européenne se désintéressait du régime de propriété des opérateurs soumis à des obligations d'intérêt général, l'achèvement du marché unique modifie pourtant nettement le rôle de l'État et les différents opérateurs perdent leur statut public au fil des directives.²⁷⁸ La décision de la Commission du

²⁷⁴ P. BAUBY, L'euphémisation des services publics

²⁷⁵ Voir supra A. La présence de frontières juridico-culturelles

²⁷⁶ Art 345 TFUE

²⁷⁷ F.TESSON, Monopoles historiques et libéralisation : que reste-t-il du service public ? Energie – Environnement – Infrastructures n°10, Octobre 2016, dossier 26, §3

²⁷⁸ Par exemple, dans un premier temps, une résolution Cons. CE, résol., 30 juin 1988 : JOCE n°C 257, 4 oct. 1988 projetait « progressivement un marché commun ouvert des services de télécommunications et, en particulier, des services à valeur ajoutée », première étape avant une prescription plus nette de la directive du 16 septembre 2002 : « les États membres prennent toutes les mesures nécessaires afin de garantir à toute entreprise le droit de fournir des services de communications électroniques ou de mettre en place, d'étendre et d'exploiter des réseaux de

16 décembre 2003 met très clairement ce fait en lumière : EDF ne pouvait plus garder son statut d'entreprise publique puisque « *la garantie illimitée octroyée par la France à Électricité de France (EDF) constitue une aide d'État incompatible avec le marché commun et doit être supprimée avant le 1er janvier 2005.* »²⁷⁹ L'achèvement du marché unique comme objectif commun des États membres entraîne une harmonisation du statut des opérateurs, passant d'un statut public à un statut privé.

D'autre part, et de manière liée, cette prédominance de la volonté d'achèvement du marché unique a conduit à revoir certains des moyens d'action des États. De plus en plus, l'intervention de l'État se limite au strict nécessaire, laissant au maximum le marché s'équilibrer de lui-même. Cette volonté n'est pas compatible avec les situations de monopoles, qui laissent moins de place au marché. Ainsi, Salim Ziani a mis en lumière le passage « *du service public à l'obligation de service public* ». La notion européenne d'obligation ferait « *du désintérêt de l'entreprise commerciale la matrice de l'intérêt général et se distingue d'une conception holiste renvoyant, en France, à l'intérêt public. Son régime tend alors à limiter les déséquilibres concurrentiels que toute intervention publique, directe ou indirecte, pourrait générer, tout en favorisant l'externalisation du service et en imposant des financements limités.* »²⁸⁰

En somme, l'objectif commun d'achèvement du marché finit paradoxalement de manière indirecte par harmoniser la gestion des services publics en Europe, rendant de ce fait la notion de service universel applicable à chaque État, grâce à un langage et un régime rapproché des services d'intérêt général parmi les États membres.

CONCLUSION CHAPITRE 2

Souplesse et faiblesse sont des termes qui tendent à rimer lorsqu'est évoqué le droit du service universel en Europe. Face à l'hétérogénéité certaine des États, qu'elle soit sur le plan juridique – avec les différentes conceptions du service public par État – ou extra-juridique – avec des

communication électronique. » Comm. CE, dir 2002/77, 16 septembre 2002 : JOCE n°L249, 17 septembre 2002, p21, art. 2, al. 2

²⁷⁹ Décision 2005/145/CE, 16 décembre 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, JOUE n°L 49, 22 février 2005, p.9

²⁸⁰ S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, Bibliothèque de droit public, Tome 285, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd. 2015.

différences de démographie et de géographie, l'Union européenne agit peu pour que le service universel soit à l'avenir structurant.

Pourtant, que ce soit par le Traité d'Amsterdam ou celui de Lisbonne, une ambition semblait être donnée pour un service d'intérêt général structuré, où le service universel aurait pu être moteur. Il aurait permis un véritable socle à chaque usager européen. Mais plusieurs éléments font que ce socle n'est pas si solide : l'utilisation de la directive démontre une certaine approche prudente en termes de subsidiarité pour l'Europe, un service universel très limitativement énuméré et la considération parfois par les États membres que le service universel est superflu et onéreux.

L'ouverture à un service universel ambitieux et structurant devra donc passer par un bouleversement des habitudes des États pour établir une véritable cohésion sociale, et ce peut-être par des mécanismes juridiques plus contraignants.

CONCLUSION TITRE 1

Le service universel apparaît dans un contexte de mise en concurrence de ce qui a longtemps été les grands monopoles de réseaux. Il doit garantir une forme d'accessibilité, une tâche qu'il réussit à faire relativement correctement. Ce qui peut néanmoins lui être reproché est la faiblesse de ses ambitions. Alors que l'Europe envisage plus sérieusement sur le continent l'idée du service d'intérêt général, le service universel souffre de faiblesse due à un certain nombre de facteurs comme la politique économique européenne, le principe de subsidiarité et la réticence des États membres à une véritable cohésion européenne en matière de service d'intérêt général.

Il est donc aujourd'hui utilisé de manière un peu superficielle, sans libérer le potentiel de protection de l'utilisateur qu'il peut détenir. La plénitude de son potentiel ne peut être obtenue que par son exploitation plus complète, avec une véritable extension matérielle et temporelle.

Titre II : L'idéal d'une exploitation complète du service universel

Le service universel a toutes les capacités pour devenir une autre notion qui garantirait un vrai socle de services publics. Cependant, pour atteindre cet objectif, il faut lui donner un autre visage. Il est nécessaire, pour le développer, de l'étendre aussi bien dans son champ d'application que dans son champ temporel (Chapitre I). Toutes les problématiques soulevées aujourd'hui par les services publics, comme l'articulation avec son européanisation ou les échecs de la continuité spatiale pourraient être résolus, mais le cadre juridique doit être nécessairement repensé (Chapitre II).

Chapitre I : L'évolution du service universel, condition de son développement

Pour faire du service universel une notion véritablement protectrice de l'utilisateur, elle doit avoir un socle qui permette une garantie minimale. L'accessibilité des services, aussi bien géographique que sociale, ne peut être limitée qu'aux secteurs de l'énergie, des postes et des télécommunications pour assurer une vie digne aux usagers européens. Il serait donc intéressant d'imaginer un service universel qui s'étendrait à de nouveaux secteurs. Or, le droit positif européen ne le consacre qu'à des champs très limités (Section 1). De plus, il faut nécessairement que ce socle soit évolutif et s'adapte aux mutations de l'intérêt général. L'évolution de la notion est prévue par les premières directives, mais un doute existe d'une part sur la pérennité de la notion elle-même et sur la qualité de son évolution une fois établie d'autre part (Section 2).

Section 1 : L'évolution ratione materiae de la notion

Aujourd'hui, le service universel ne s'étend qu'à une portion congrue des SIG. Là où le service public tel que conçu en France semblait apporter une certaine homogénéité, le service universel s'applique de manière très ponctuelle et sans uniformisation (1§). Or, le service universel pourrait s'étendre à de nouveaux secteurs, ne se limitant pas à ceux nouvellement ouverts à la concurrence (2§).

1§ L'uniformisation impossible du fait de réalités structurelles

En pratique, le service universel permet l'accessibilité de chacun à des services qui ne seraient qu'individualisables et consommables. A simplement observer ce qui se fait aujourd'hui, le constat est net : les secteurs qu'il recouvre présentent une même caractéristique, à savoir leur nature constante de prestations marchandes. Cet état de fait interroge sur les choix présidant à cette restriction et *a fortiori*, sur l'exclusion d'autres secteurs de la sphère de protection européenne, notamment les SNEIG. D'autant plus qu'il ne s'agit que d'une portion minimale et restreinte de ces services marchands, généralement nommés SPIC en France, qui sont couverts du sceau du service universel. Il semble en revanche parfaitement s'appliquer aux industries de réseaux. Ces dernières ont une place toute trouvée dans la logique de la notion, puisque, comme leurs noms l'indiquent, ils lient chaque usager. Les lois du service public français prônent l'égalité d'accès, et à ce titre, d'éventuelles exclusions d'utilisateurs sur des motifs de pure rentabilité économique ne seraient pas véritablement acceptables. Du point de vue de cette doctrine juridico-économico-politique, l'esprit du service universel rejoint celui du service public français.

Cependant, les points de vue semblent diverger sur la manière de parvenir à cette égalité de traitement entre usagers. Si l'esprit du service universel tout comme celui du service public « à la française » s'accordent sur la nécessité de péréquations économiques et tarifaires, il n'est pas question pour l'Europe d'accorder une place légitime aux monopoles. Le marché reste le moyen de principe d'accéder au bien-être de l'utilisateur consommateur, et le service universel le moyen dérogatoire.

Loin d'être un système à l'apparence uniforme comme pouvait l'être le système du monopole, duplicable à de nombreux secteurs, le service universel corrige les trajectoires de la diversité des marchés ouverts à la concurrence défaillants. Ce qui entraîne finalement deux conséquences : un service universel sur mesure s'appliquant simplement à certains marchés défaillants²⁸¹ (A) et des mesures dont l'universalité est certes l'objectif mais pas le moyen, puisque le service universel est sectoriel (B).

²⁸¹ Dont le choix ponctuel est guidé par certains facteurs développés dans la sous-partie suivante. Et *a contrario*, pas de service universel lorsqu'il n'y a pas de véritable marché.

A. La problématique théorique singulière des industries de réseaux

1. La cible unique des obligations de service universel

Outre un nombre négligeable d'appropriations nationales du service universel sur des secteurs extrêmement précis²⁸², la délimitation matérielle du service universel est aujourd'hui très restrictive. Les obligations impulsées par l'Union européenne ne visent que le secteur de l'électricité, des télécommunications et des activités postales. Bien qu'effectivement relativement indispensables à la vie de chaque citoyen, la protection de l'accès à ces seuls secteurs pour l'utilisateur ne garantit pas, il faut en convenir, un socle suffisant de services fondamentaux nécessaire à une vie correcte de manière absolue. Pourquoi, dans l'esprit du législateur, la protection de l'accès de tout usager européen ne s'étend-elle qu'à ces services d'intérêt général ? D'autres secteurs ne méritent-ils pas tout autant une attention particulière ? Les instances européennes font des choix, mais les raisons et objectifs restent flous.

Le service universel ne s'applique qu'à une partie seulement des services d'intérêt économique général. La caractéristique commune de ces secteurs tient dans leur nature d'industrie de réseau. L'explication de ces choix ne peut a priori pas résider dans le fait qu'il s'agisse de secteurs plus « essentiels » que les autres pour les citoyens européens. Marqués, il est vrai du sceau de l'intérêt général, ils ne sont pas plus indispensables que certains autres secteurs. Martine Lombard soulignait que « *l'histoire de la France depuis deux siècles est ainsi celle d'une République construite par les facteurs, les cheminots, les électriciens, les gaziers – sans même parler des instituteurs, des professeurs, des médecins, des dispensaires ou des hôpitaux. Ils ont forgé l'histoire de la France autant ou encore plus que ses armées. Ils en expriment l'unité dans l'espace, puisqu'ils assurent leurs missions sur tout le territoire dans la continuité et dans le temps.* »²⁸³ Il est vrai que tout autant que le secteur de l'électricité, d'autres SIEG contribuent à promouvoir l'unité et la cohésion sociale défendues par le droit primaire, tout comme d'autres SNEIG.

Les secteurs que l'Europe a décidé de protéger par le service universel sont ceux qui ont été « bouleversés » par l'ouverture à la concurrence, qui ont longtemps été « protégés » par « un secteur monopolistique. »²⁸⁴ L'idée du service universel est clairement liée à cette ouverture.

²⁸² À titre d'exemple, l'article L653-5 instaurant un « service universel de distribution et de mise en place de la semence des ruminants en monte publique »

²⁸³ M. LOMBARD, *L'état schizo*, *op. cit.*

²⁸⁴ F. TESSON, *Monopoles historiques et libéralisation : que reste-t-il du service public ?*, *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 10, Octobre 2016, dossier 26, §7.

La Commission a notamment affirmé que « *le service universel, et notamment la définition des obligations de service universel, doit accompagner la libéralisation des secteurs de services dans l'Union européenne, tels que celui des télécommunications* ». ²⁸⁵ Mais effectivement, tous ne sont pas concernés. Par exemple, le secteur gazier est ouvert à la concurrence en Europe, pour autant il n'y a pas de garantie européenne de service universel aux usagers. ²⁸⁶ Il en va de même pour le secteur ferroviaire. Un service universel ne serait pas garanti dans ces cas-là, le service « *n'étant pas disponible partout et étant substituable pour tous ses usages.* » ²⁸⁷

En résumé, deux critères cumulatifs semblent guider le choix du législateur européen lorsqu'il consacre des obligations de service universel à un secteur : d'une part, le SIEG en question doit avoir été de manière relativement récente ou est en cours d'ouverture à la concurrence et d'autre part, il porte déjà en lui une certaine forme d'universalité, par une utilisation très régulière par tous les citoyens-usagers. ²⁸⁸

Ce postulat explique aussi pour quelle raison ce sont trois industries de réseaux qui sont couvertes par des obligations de service universel. Comme le définit Benoît Delaunay, il y a deux composantes : en premier « *l'utilité publique qui n'est pas sans rappeler l'activité de service public auxquels satisfont ces réseaux et explique qu'on désignait autrefois ces derniers par le terme de « grands services publics économiques* » et en second le réseau : « *la réunion d'ouvrages et de services qui constituent des points de passage qu'empruntent les entreprises offrant des services [...] par opposition aux activités se déployant sur des places (banque, finance, assurance.)* » ²⁸⁹

Le service universel n'a vocation qu'à tendre un filet de sécurité sur les édifices que constituaient les monopoles nationaux fragilisés par l'ouverture à la concurrence. Les secteurs qui ne sont pas concernés par cette libéralisation – notamment les SNEIG – n'ont donc pas de raison d'être protégés par cette méthode, aux yeux des instances européennes. De même, les secteurs où l'« universalité » de consommation est déjà atteinte avec le marché ²⁹⁰ ou ne le sera

²⁸⁵ COM, 20 septembre 2000

²⁸⁶ Même si la directive 2003/55 prévoit que « les Etats membres prennent les mesures appropriées pour protéger les clients finals et assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, et veillent en particulier à garantir une protection adéquate aux clients vulnérables, y compris en prenant les mesures appropriées pour leur permettre d'éviter l'interruption de la fourniture de gaz. »

²⁸⁷ Selon l'analyse de Pierre Bauby in P.BAUBY, L'eupéanisation des services publics, voir supra

²⁸⁸ Ainsi, les services substituables ou non disponibles partout ne peuvent entrer dans cette catégorie

²⁸⁹ B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p405

²⁹⁰ Rapport Pierre Camani – Fabrice Verdier du 17 octobre 2014 à Madame la Secrétaire d'Etat au Numérique, Axelle LEMAIRE « Dans sa communication COM(2011) 795 en date du 24 novembre 2011, la Commission européenne considère ainsi que, le marché garantissant à lui seul aux consommateurs un accès abordable à la téléphonie mobile, son inclusion dans le service universel n'était pas nécessaire. » p7.

jamais à cause de circonstances naturelles n'ont pas non plus lieu d'être protégées par le service universel.

2. *La résistance des anciens monopoles nationaux*

La construction du service universel est, au regard de son étendue, sans doute liée à une crainte consécutive à la libéralisation. En n'assurant cette garantie que pour des industries de réseaux, l'Union Européenne fait implicitement confiance au marché pour satisfaire les besoins des usagers, mais choisit la progressivité de la déréglementation pour les anciens monopoles nationaux.

En confiant l'organisation des SNEIG à la compétence totale des États membres, les instances de l'Union démontrent que la problématique de l'harmonisation européenne de l'accès de tout un chacun aux services non économiques n'est pas à l'ordre du jour. De même, en ne consacrant pas d'obligations de service universel à des secteurs ne portant pas de germe « d'universalité » préalable, l'Union ne démontre pas de préoccupation à progresser dans l'accessibilité aux SIEG des usagers.

L'Europe ne s'est donc intéressée qu'à trois secteurs, où le poids des anciens monopoles est encore très présent. En France, le service universel de l'électricité est confié à EDF, celui du secteur postal à La Poste et celui des télécommunications à Orange. La question qui pourrait se poser est la suivante : la présence continue de ces anciens EPA comme titulaire des obligations de service universel témoigne-t-elle de la volonté d'aller progressivement dans la déréglementation des instances européennes ou de l'inutilité de l'insertion de concurrence chez ces anciens monopoles nationaux ? La première problématique est sans doute structurelle : Jean Cattan se demande ainsi « *comment concevoir un jeu concurrentiel, par nature égalitaire, avec des entreprises propriétaires d'infrastructures ou autres biens immatériels tous qualifiés d'essentiels ?* »²⁹¹ ? L'autre question est celle de l'opportunité finale de la mise en concurrence. Ainsi, en ce qui concerne la vente d'électricité, « *à partir de 2004, le prix du marché a considérablement augmenté partout dans le monde, y compris en France, tandis que le tarif réglementé avait à peine bougé, devenant plus avantageux. Il l'est toujours – et de très loin.* »²⁹²

Le Professeur Jean-Louis Quermonne rappelle notamment que l'échec du traité constitutionnel européen est peut-être difficilement détachable de « *l'exigence d'une concurrence libre et non*

²⁹¹ J. CATTAN, La question de la séparation des entreprises de réseaux verticalement intégrées : un facteur de divergence au cœur de la régulation sectorielle, *Revue juridique de l'économie publique*, n°692, décembre 2011, p14.

²⁹² M. LOMBARD, *L'état schizo*, *op. cit.*

faussée » dans la troisième partie du traité considérée comme « *un objectif à atteindre et non pas seulement comme un moyen parmi d'autres au service d'une économie de marché.* »²⁹³

En Europe, il n'y a donc pas aujourd'hui a priori d'uniformisation possible du service universel à tous les SIG. Il ne s'étend qu'à des secteurs précis, anciens monopoles nationaux portant déjà un germe d'universalité. Le service universel semble traduire une crainte européenne, celle que le marché abandonne les usagers coûteux et que l'introduction de la concurrence, vue comme but et non comme moyen, n'entraîne des conséquences néfastes pour des services où l'universalité était acquise grâce au mécanisme monopolistique.

En droit positif, et selon les objectifs européens, l'uniformisation « externe » du service universel – son extension à d'autres activités d'intérêt général – ne semble pas prévue. Son uniformisation « interne », qui renvoie à l'application d'un régime juridique identique au sein des secteurs dans lesquels il s'établit, semble peu probable également.

B. L'hétérogénéité pratique des secteurs des industries de réseaux

Les différents opérateurs ouverts à la concurrence ont une physionomie extrêmement hétérogène, comme peuvent l'être les télécommunications et l'électricité. Si, sous l'empire des monopoles, les subventions croisées permettaient un financement des usagers non-rentables simple, la transparence demandée par le service universel conduit à imaginer de nouveaux mécanismes (1). De cette diversification naîtra une importante inflation normative (2).

1. Diversité des services et de leur physionomie

Si le terme de service universel a le mérite, par sa définition, de faire comprendre par l'intermédiaire de ce vocable unique les objectifs attendus en termes d'accessibilité par les personnes publiques, la déclinaison sectorielle de ce service universel conduit à l'utilisation de moyens uniques et différents à sa réalisation.

Autrement dit, à chaque maux ses propres remèdes, il n'y a pas de méthode unique pour élever le service d'intérêt général au niveau de service universel en appliquant toujours la même

²⁹³ J-L QUERMONNE in P.BAUBY, L'européanisation des services publics, *op.cit.*, p.10

recette ; la transition vers l'européanisation des services publics n'est pas aussi simple que ce qui a pu être cru par le passé.²⁹⁴ La physionomie de chaque secteur conduit à ce que leur politique soit bien différente les unes des autres. Pierre Bauby met en lumière toute l'hétérogénéité en confrontant les caractéristiques d'un certain nombre de services d'intérêt général : « *Alors que dans les télécommunications, les réseaux sont multipolaires, chaque utilisateur étant à la fois émetteur et récepteur, les réseaux électriques reposent sur une activité de production puis de distribution physique « top-down », alors que les réseaux d'eau s'inscrivent dans un cycle qui fait que l'eau « consommée » ne disparaît pas mais revient – transformée – comme ressource. Si l'on ajoute que, pour l'essentiel, l'électricité ne se stocke pas (il faut qu'à tout moment production et consommation soient équilibrées), chacun des trois secteurs a une logique spécifique structurante qui détermine son organisation. Alors que dans les télécommunications existent une interconnexion mondiale des réseaux de transport et une grande variété de modes de transport, les réseaux électriques sont continentaux et nécessairement filaires, et les réseaux d'eau essentiellement locaux. Le « monopole naturel » des réseaux (l'absurdité technique et économique de les dupliquer dans une optique de concurrence généralisée) est limité pour les télécommunications, général pour l'électricité et pour l'eau. Mais ces deux derniers secteurs se différencient, car on peut instaurer dans le secteur électrique « l'accès des tiers aux réseaux » (les concurrents accédant au même réseau banalisé), alors que les contraintes de qualité de l'eau empêchent pour l'essentiel une telle problématique et font que le monopole naturel s'étend le plus souvent de l'accès à la ressource jusqu'à sa distribution. »²⁹⁵*

Ces mesures différenciées en fonction des secteurs ne sont pas nouvelles et sont évidemment consubstantielles à la diversité des missions d'intérêt général assurées par les personnes publiques. Néanmoins, cet éclectisme est mis en lumière par l'intérêt que porte l'Europe aux SIEG, ce qui est source de nouveauté et peut-être de crainte pour les usagers français. Il y a, à travers ces logiques sectorielles, une rupture avec la construction juridique du service public en France. Le service public est souvent, pour l'utilisateur français, un tout, un ensemble certes dissociable mais tout de même fortement relié par les objectifs communs d'intérêt général. Ainsi, malgré l'hétérogénéité naturelle des secteurs, le service public français était souvent nommé comme tel, un ensemble homogène. Ce fait n'est sans doute pas étranger à l'influence

²⁹⁴ « Si le secteur des télécommunications a été pionnier dans la mise en œuvre d'une européanisation fondée sur des stratégies de libéralisation progressive, beaucoup ont cru qu'il suffisait d'appliquer le "modèle télécom" aux autres réseaux d'infrastructures. En réalité, on a bien vite constaté qu'une telle généralisation ne peut résoudre les problèmes spécifiques de chacun. » P.BAUBY, L'européanisation des services publics, *op. cit.*

²⁹⁵ P.BAUBY, L'européanisation des services publics, *op. cit.*

duguiste sur la construction de la théorie du service public en France. L'approche française rend le service public largement homogène, l'école de Bordeaux ayant développé l'idée que « *L'État n'est pas comme on a voulu le faire croire et comme on a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants.* »²⁹⁶ En confondant frontières de l'État et service public, la notion est personnifiée, sa silhouette se dessine. Il s'agit également sans doute de l'une des raisons de la confusion régulière en France entre secteur public et service public.

L'aspect sectoriel de la méthode européenne ainsi que la mise en concurrence mettent à mal cette conception homogène française. En ouvrant des marchés autrefois monopolistiques à d'autres opérateurs économiques, l'opacité et la personnification des services publics tricolores par les « *champions nationaux* » que constituaient les grands monopoles disparaissent. Cet « *uniforme capuchon gris* » qui « *recouvre le monde bariolé des choses* »²⁹⁷ est peu à peu ôté par le droit européen et met à nu la complexité des services d'intérêt général qu'assument les personnes publiques.

Les solutions pour accéder à l'universalité de l'accès des usagers doivent désormais être transparentes et justifiées. Le « prêt-à-porter » que constituait le monopole n'est plus forcément du passé, mais relève de plus en plus du « sur-mesure » face à l'œil aguerri de la Commission Européenne aux aguets d'aides d'État incompatibles avec le traité. L'électricité et la télécommunication nécessitent des réseaux physiques reliant chaque usager, tandis que le secteur postal oblige à un réseau humain allant à la porte de chaque usager. Mais l'électricité doit être produite selon les sources disponibles, puis être distribuée et enfin consommée. Le téléphone fait de l'utilisateur à la fois un émetteur et un récepteur.²⁹⁸ Cette complexité des missions et des acteurs était sans doute moins visible mais surtout moins contrôlée, donc plus opaque, lorsque ces services étaient gérés par des monopoles étatiques. Aujourd'hui, l'uniforme capuchon gris est ôté et il ne semble plus y avoir que des « labels » apposés aux services d'intérêt général et *a fortiori* aux services universels.²⁹⁹ L'apparition de l'hétérogénéité des services publics conduit une partie de la doctrine à s'interroger sur la transition, même vocable, du service public au service d'intérêt général en France.³⁰⁰

²⁹⁶ L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3^{ème} éd, 1928, t. 2, p.59

²⁹⁷ J. CARBONNIER, Flexible droit, LGDJ, 9e éd. 1998

²⁹⁸ P. BAUBY, L'europeanisation des services publics, *op. cit.*

²⁹⁹ « Le service d'intérêt général n'est pas moins un « label » que le service public (sans doute l'est-il même davantage en raison de l'approche sectorielle privilégiée par l'Union européenne). » D. TRUCHET, Renoncer à l'expression « service public », AJDA 2008, p553

³⁰⁰ D. TRUCHET, Renoncer à l'expression « service public », *op. cit.*

2. Inflation juridique et institutionnelle

L'ouverture à la concurrence n'entraîne pas simplement l'augmentation du nombre d'offres sur le marché. Elle entraîne également d'une part, et du fait de la volonté européenne de modifier de manière progressive le paysage des secteurs publics européens, un important nombre de directives qui constituent autant de points d'étapes vers l'accomplissement de l'Acte unique européen et l'achèvement du marché unique. D'autre part, elle entraîne une modification importante du nombre d'acteurs total sur la scène du droit public économique faisant suite à la libéralisation des entreprises de réseaux.

Tout d'abord, en libéralisant de manière sectorielle et progressive, le législateur européen laisse entrevoir la pléthore de services d'intérêt général gérés par des personnes publiques. L'europanisation des services publics conduit à un droit dérivé de la régulation extrêmement dense. Il faut multiplier le nombre de directives à la fois dans l'espace et dans le temps : elles sont proportionnelles aux nombres de secteurs libéralisés et à la progressivité nécessaire à cette libéralisation.

Il est possible de distinguer trois périodes successives dans l'ouverture à la concurrence des anciens secteurs essentiellement monopolistiques. Après des premiers travaux de réflexion et de concertation entre États membres, de balbutiements jurisprudentiels entre la vision restrictive de *RTT* et plus souple des arrêts *Corbeau* et *Commune d'Almelo*, le premier train de directives arrive à la fin des années 1990. Il s'agit du premier pas normatif vers le droit des services publics européens. Cette fin de millénaire inscrit les mots d'ouverture à la concurrence chez les États membres et notamment en France, dans les secteurs des télécommunications³⁰¹ et de l'énergie³⁰² en 1996, celui de La Poste en 1997³⁰³ ou encore celui des transports ferroviaires en 2001. Il jette parfois aussi les bases du service universel lorsque le service est concerné.³⁰⁴

³⁰¹ Directive 96/19/CE du 13 mars 1996 relatif à la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications

³⁰² Directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 relatif aux règles communes concernant le marché intérieur de l'électricité

³⁰³ Directive 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service

³⁰⁴ Par exemple en matière de télécommunications, avec la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 relative au service universel et aux droits des utilisateurs

Une seconde phase de directives débute quelques années plus tard et marque un temps d'accélération et d'approfondissement du processus de libéralisation. Dans le secteur de l'énergie, sont ouverts totalement à la concurrence l'électricité³⁰⁵ et le gaz³⁰⁶ dès 2003. Le secteur postal quant à lui, sans être complètement libéralisé, poursuit la réduction de ses droits exclusifs, avec une ouverture à la concurrence de 20% en 2002³⁰⁷ (bien au-delà des 3% ouverts en 1997.)

Enfin, une troisième phase d'achèvement de l'eupéanisation des réseaux débute à la fin de cette décennie. Souvent, des éléments connexes à la libéralisation sont traités au cours de ces directives tels que la nécessaire régulation et la prise en compte des intérêts du consommateur. Le marché des télécommunications voit ainsi apparaître un régulateur européen et des injonctions de protection de l'utilisateur lors d'un « *paquet* » telecom en 2009.³⁰⁸ Idem pour l'électricité la même année³⁰⁹ ainsi que le gaz³¹⁰. Quant aux postes, elles ont été totalement libéralisées en 2008³¹¹. Enfin, dans le secteur ferroviaire, un tournant décisif a été marqué par une directive de 2012.³¹²

En agissant de manière progressive et sectorielle, le nombre de directives et ce faisant, de lois de transposition et de contentieux, est élevé. Un travail de classification matérielle et

³⁰⁵ Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

³⁰⁶ Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel

³⁰⁷ Directive Européenne n°2002-39 du 10 juin 2002 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté

³⁰⁸ Directive 2009/136/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs

Directive 2009/140/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques

Règlement (CE) 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office

³⁰⁹ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE

³¹⁰ Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE

³¹¹ Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté

³¹² Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen

chronologique permet d'y trouver de la clarté mais cette inflation normative est nécessaire du fait de l'hétérogénéité des secteurs. Cet ensemble de normes répond notamment à la volonté européenne de transférer la charge de la régulation de ces secteurs de l'État à des autorités indépendantes.

La régulation est née de fait avec l'ouverture à la concurrence. Selon la définition matérielle retenue par le Professeur Stéphane Braconnier, « *il s'agit d'établir, par la régulation, un équilibre entre la concurrence et d'autres préoccupations.* » En l'occurrence, la satisfaction de l'intérêt général et l'accessibilité aux SIEG correspondent à ces autres objectifs. L'État ne pouvant plus être juge et partie, un autre organe devait se charger de la régulation. C'est alors que la définition organique « *met [...] l'accent sur l'importance croissante du rôle joué par les autorités administratives indépendantes.* »³¹³ L'autorité de régulation naît de l'ouverture à la concurrence et de sa conséquence : la modification du rôle de l'État, désormais « régulateur ». Ce nouveau rôle consiste à « *s'abstenir d'intervenir trop directement* » mais à « *être présent pour inciter, orienter et préserver le marché par la conjonction et l'utilisation d'instruments multiples.* » Ces derniers sont notamment les autorités de régulation permettant que « *l'État régulateur s'exprime moins par des moyens d'action directe sur l'économie que par l'utilisation de leviers efficaces.* »³¹⁴ En France, l'augmentation du recours à ces autorités administratives indépendantes ainsi qu'aux autorités publiques indépendantes a conduit à créer un statut général, concernant 26 AAI/API.³¹⁵

Le service universel est défini a priori de manière très simple, étendu et flexible. Cependant, son utilisation est réduite : un cantonnement matériel aux secteurs aux germes « pré-universels » et en cours de « démonopolisation. » Pourtant, à droit constant, le service universel pourrait être réellement garant de droits et protecteur de l'utilisateur. Son cantonnement à une vocation d'exception au marché, lorsque celui-ci est défaillant, restreint sa portée à un petit nombre de secteurs. Mais une partie de la doctrine soutient qu'avec cette définition de base du service universel, un nouveau rôle plus structurant pourrait lui être confié, accordant autant d'importance à l'accessibilité aux services d'intérêt général qu'à la concurrence.

³¹³ S. BRACONNIER, *Droit public de l'économie*, 2017, p113

³¹⁴ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 2016, p17

³¹⁵ LO n°2017-54 relative aux autorités administratives indépendantes et loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes

2§ La diversification possible du fait de la souplesse de la notion

Le service universel ne sert qu'aux tâches qui lui sont confiées. Certaines polémiques sont nées avec lui, sur son contenu trop limité, minimal. D'autres ont répliqué sur l'injustice de ces qualificatifs, étant donné son champ extensible. Les deux camps détiennent sans doute une part de vérité. La notion définit aujourd'hui, comme l'avait prédit le Conseil d'État, un seuil très bas d'accessibilité aux services, relativement loin des standards de consommation en France. Pour autant, le service universel pourrait aller plus loin, sa définition le permettant.

En donnant son entière confiance au marché pour satisfaire le bien-être du consommateur, le service universel n'a que la portion congrue du réajustement ponctuel pour l'utilisateur (A). Mais il n'est sans doute pas utopiste de penser qu'il peut servir à autre chose. Le potentiel de cette notion est peut-être de restructurer l'accès aux SIG en Europe, s'il est pensé d'une autre manière. En rééquilibrant l'intérêt qui lui est porté et en ne lui confiant plus simplement un rôle dérogatoire, le service universel pourrait prendre une nouvelle dimension plus positive (B).

A La visée simple du marché unique restreignant la notion

1. *La tonicité européenne pour une économie concurrentielle*

L'espace restreint accordé au service universel en Europe provient en partie des idéologies économiques orientant les choix de l'Union. Il a été constaté et analysé précédemment le souhait d'établissement du marché unique par les États membres dès le Traité de Rome et consolidé par la suite avec l'Acte unique européen. Cette orientation politique ayant des conséquences juridiques provient elle-même de théories économiques. La liaison entre ces trois éléments conduit à expliquer la très stricte délimitation du service universel par les idéologies structurantes des pensées européennes. Le TFUE énonce lui-même l'idéologie économique européenne : « *Les États membres et l'Union agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources, conformément aux principes fixés à l'article 119.* »³¹⁶ Il s'agit du fondement idéologique sur lequel se fondent bon nombre d'actions communautaires. La Commission déclarera d'ailleurs que « *La politique de concurrence mise en œuvre par la Commission européenne, mais aussi par les juridictions et autorités nationales de concurrence, vise*

³¹⁶ Art 120 TFUE

à maintenir et à développer un état de concurrence efficace dans le marché commun en agissant sur la structure des marchés et le comportement des acteurs économiques. »³¹⁷

Ces propos mettent en lumière la relation entre l'idéologie économique et la politique menée en Europe. Après s'être interrogé sur les raisons de cette orientation, puis son but et enfin les moyens mis en œuvre, des conséquences pourront être tirées sur le régime du service universel en vigueur.

Les causes de ce penchant économique aux traits naissants et forcés depuis 1986 concernant les entreprises de réseaux sont, pour le Professeur Pierre Delvolvé, la résultante des éternels ajustements et recommencements historiques. Ce serait l'échec d'une théorie opposée qui amènerait à repenser cette dernière. « *Les mesures de concentration ont été, un temps, nécessaires pour permettre ce que la concurrence ne permettait plus de réaliser. Aujourd'hui, la réintroduction de la concurrence devrait permettre de surmonter des blocages résultant des concentrations et nationalisations.* »³¹⁸ En tout cas, le but de l'usage de cette stratégie libérale par les institutions européennes reste celle du bien-être des citoyens – comme pour beaucoup d'autres pouvoirs politiques. Simplement, la voie choisie pour y parvenir est celle de la libre concurrence et du marché sans contraintes.³¹⁹ La « *doctrine ordolibérale* » inscrit « *la réalisation du progrès social* » comme « *objectif prioritaire de la société.* »³²⁰

La question autour des moyens mis en œuvre par les institutions européennes pour respecter ces orientations vont en partie expliquer l'utilisation superficielle du service universel. Pour parvenir à cet état de bien-être et de progrès social, les institutions européennes comprennent qu'il faut lever les obstacles à un marché pleinement concurrentiel. De manière logique et respectueuse de cet objectif, l'Europe a multiplié les armes normatives à l'encontre des barrières douanières et des aides d'État non justifiées, entre autres.³²¹

³¹⁷ M. MONTI in La politique de concurrence en Europe et le citoyen, Préface, Commissaire chargé de la concurrence, Communautés européennes, 2000, p4

³¹⁸ P. DELVOLVÉ in C. ISIDORO, L'ouverture communautaire du marché de l'électricité à la concurrence et sa mise en œuvre, *op. cit*

³¹⁹ « [La Commission européenne] paraît (...) chercher à mettre en œuvre les principes de l'économie du bien-être, selon lesquels le respect des conditions de la concurrence pure et parfaite assure l'allocation optimale des ressources, les meilleurs prix, ainsi que l'efficacité maximale. Obtenir des « prix plus bas » et « renforcer la compétitivité » constitue de ce fait l'objectif principal de politique de la concurrence. » M. DEVOLUY, Les politiques économiques européennes, p211 et s.

³²⁰ G. KOENIG, L'Union européenne comme économie sociale de marché : ses fondements, son fonctionnement et ses performances in L'Europe économique et sociale ; singularités, doutes et perspectives, dir. M. DEVOLUY et G. KOENIG, p119

³²¹ Michel Devoluy explique à ce sujet que « les aides publiques peuvent fausser la concurrence. C'est le cas lorsqu'elles sont réservées à certaines entreprises d'un pays au dépend de celles d'autres pays membres. Toutefois, lorsque des entreprises publiques existent, il est normal que l'Etat, en tant qu'actionnaire, leur apporte des financements. La démarche de la Commission consiste par conséquent à surveiller les aides, tout en visant une

L'objectif libéral que se fixe l'Europe ne la met pas en position d'État gendarme comme il serait logique de le penser. Au contraire, elle se doit d'avoir une attitude très active pour parvenir à ses fins. Certes, il y a une posture d'abstention à adopter (« *éviter des mesures sociales qui fausseraient la concurrence sur les marchés* »³²² par exemple) mais elle se montre parfois interventionniste dans le but que les États ne faussent pas le jeu de la concurrence ! Le Professeur Gérard Koenig illustre cette position active ainsi : « *il convient donc d'éliminer toutes les dispositions qui empêcheraient un tel fonctionnement, comme celles relatives à un salaire minimum et se contenter de fixer le cadre légal de la concurrence et d'éviter d'intervenir, notamment pour influencer la répartition des revenus et des richesses qui doit résulter du mécanisme de marché.* »³²³ Dans ces moyens mis en œuvre pour la libéralisation, « *la Commission devait, dans les premiers temps, se tenir en retrait et jouer le rôle d'arbitre. Peu à peu, sa politique s'affirmant, elle devient actrice.* »³²⁴

L'Union se montre d'ailleurs très entreprenante pour la réalisation de ce marché. Elle va au bout de la logique de libéralisation en étant toujours plus présente. « *Les textes européens, d'une façon à la fois de plus en plus précise et de plus en plus impérieuse, au fur et à mesure que les « paquets » de directive et de règlements vont être adoptés dans ces secteurs, vont demander que les États mettent en place des régulateurs indépendants du Gouvernement, dès l'instant que des opérateurs publics demeurent sur le marché* » constate Marie-Anne Frison-Roche³²⁵, considérant que la concurrence européenne est établie « *au forceps.* » Parfois même, les agissements européens semblent défier la logique en allant très loin dans ses calculs.

2. Une considération accessoire du service universel

La thèse ordolibérale voudrait donc que l'accomplissement du marché unique conduise au bien-être des citoyens, ce qui fait de la concurrence un moyen de réaliser les desseins européens concernant ses ressortissants. Cette idée est assez largement partagée et relayée par la doctrine aussi bien juridique qu'économique. Dans sa thèse, Stéphane Mail-Fouilleul décrit le droit

diminution des montants globaux. L'objectif est de déterminer les niveaux d'aides acceptables vis-à-vis des conditions de concurrence. La Commission peut alors demander à un Etat de réduire les aides envisagées, de prévoir la fin des aides, ou encore de prendre des mesures de libéralisation complémentaires. » M. DEVOLUY, *Les politiques économiques européennes*, p211, *op. cit.*

³²² G. KOENIG, *L'Union européenne comme économie sociale de marché : ses fondements, son fonctionnement et ses performances in L'Europe économique et sociale ; singularités, doutes et perspectives*, dir. M. DEVOLUY et G. KOENIG, *op. cit.*

³²³ *Ibid*

³²⁴ S. MAIL-FOUILLEUL, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*

³²⁵ M-A FRISON-ROCHE, *Ambition et efficacité de la régulation économique*, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Novembre 2010, étude 34, §17

communautaire de la concurrence comme « *un moyen d'atteindre un but et non une fin en soi* », un « *rouage moteur du système*. »³²⁶ Il faut tout de même souligner quelques incohérences européennes à ce sujet. Les réflexions du législateur européen laissent parfois pantois quant à la réalisation du bien-être de l'utilisateur. Alors que dans certaines situations, le chemin le plus court vers l'intérêt général semble être la dérogation aux règles du marché, l'Europe persiste et signe dans le sens d'une concurrence effective. Il en va ainsi par exemple des incohérences (du point de vue français) concernant les tarifs réglementés de l'électricité. « *Il ne fait pas de doute que l'ouverture du marché à la concurrence conduira, en mettant hors la loi les aides d'État dans ce secteur, à une augmentation du prix pour les consommateurs – à la faveur de la disparition des tarifs réglementés, c'est-à-dire de la totalité de la population, et sans doute aussi à une gestion plus rigoureuse des ressources humaines affectées à la production et à la distribution de l'électricité. Au final, les consommateurs seront difficiles à convaincre de l'intérêt de l'opération, tandis que les salariés ou agents du secteur y perdront les avantages sociaux qu'ils avaient pu glaner à l'époque des monopoles.* »³²⁷ Martine Lombard décrit quant à elle l'absurdité des pratiques demandées à EDF au début du processus de libéralisation du secteur. « *Afin d'éviter de paraître trop dévorante, EDF doit en effet inciter elle-même certains de ses clients à s'adresser à d'autres. Elle doit ensuite leur sauver la mise lorsque cela tourne mal. Son président d'honneur, Marcel Boiteux, raconte aussi comment "les commerçants d'EDF avaient déjà eu beaucoup de peine, dans les premières années, à convaincre assez de leurs clients de les quitter et de passer à la concurrence"*. »³²⁸ Il y a ici une première contradiction européenne. Si l'un des moyens de satisfaire l'utilisateur est la concurrence, il faut tout de même se demander si le chemin qu'emprunte l'Europe n'est pas un peu alambiqué devant des solutions qui auraient pu paraître plus évidentes. L'Union Européenne semble parfois même faire une gymnastique juridique se pliant à l'évidence en ne renonçant toutefois pas à ses idéaux économiques. À titre d'exemple, les tarifs réglementés de l'électricité, contestés en vue de l'établissement du marché unique, sont encore maintenus aujourd'hui, mais avec une réglementation extrêmement rigide.³²⁹ Une partie de la doctrine s'interroge sur ces

³²⁶ S. MAIL-FOUILLEUL, Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.* Dans le même sens, Pierre Delvolvé écrivant que « La concurrence n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen. » Lorsqu'elle ne permet pas de satisfaire les usagers ou consommateurs, il faut trouver des palliatifs. » P. DELVOLVÉ in C. ISIDORO, L'ouverture communautaire du marché de l'électricité à la concurrence et sa mise en œuvre, Préface, *op. cit.*

³²⁷ J.-M. THOUVENIN, Préface, in G. DEZAUBRY, La théorie des facilités essentielles.

³²⁸ M. LOMBARD, L'Etat schizo, *op. cit.*

³²⁹ La directive 2009/72/CE est précisée par la grille d'analyse de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui fixe trois conditions : la réponse à un objectif d'intérêt économique général, l'absence d'atteinte à la libre fixation des prix sauf la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif notamment dans une période limitée et sa définition claire, transparente, non discriminatoire et contrôlable. CJUE, 7 septembre 2016, aff. C-121/15,

incohérences et sur l'obsession de la concurrence. « *Certains acteurs veulent réduire le contenu du service universel au motif qu'il empêcherait la concurrence, ce qui amène à se poser la question : quel est l'objectif, le meilleur service au moindre coût ou la concurrence ?* »³³⁰

Il est vrai, et cela a été souligné, que l'Union Européenne progresse dans la prise en compte des services d'intérêt général depuis les arrêts *Corbeau* et *Commune d'Almelo* et leurs reconnaissances notamment depuis les Traités d'Amsterdam et de Lisbonne. Les propos de la Commission tendraient à laisser penser que les services d'intérêt général avec les modalités particulières dont ils doivent faire l'objet ne sont pas délaissés par la politique européenne. La Commission clamait d'ailleurs dans son Livre blanc qu'elle était « *d'avis qu'un marché intérieur ouvert et concurrentiel, d'une part, et le développement de services d'intérêt général de qualité, accessibles et abordables, de l'autre, sont des objectifs compatibles.* »³³¹ Mais là encore, à y regarder de plus près, il est difficile d'observer deux politiques, certes compatibles, mais qui sont loin d'être placées sur un pied d'égalité. Les adjectifs qualificatifs accolés aux SIG dans ce Livre blanc font inmanquablement penser au service universel et l'espoir qui aurait pu alors être soulevé est celui de la prise en compte conjointe et égalitaire dans le cadre de la politique européenne de la concurrence soutenue par les garanties offertes par le service universel. Il conviendra de souligner un certain nombre d'incohérences qui permettent de remettre en cause cette approche.

Dans un arrêt de la CJUE *Base Company NV et Mobistar NV*, la Cour estime qu'il n'est pas possible pour le législateur belge de faire participer au financement d'un service universel d'abonnements mobiles des opérateurs spécifiques, puisque les termes « *en position déterminée* » de la directive Service universel³³² semble tout à fait exclure les mobiles. Donc il est possible de consacrer ce service comme « *additionnel* » au service universel, mais pas de le financer de cette manière.³³³ La Cour retient assez clairement une position qui ne semble pas aller dans le sens de « *l'accessibilité* » prônée par le Livre blanc de 2004, et semble également plutôt opter pour la concurrence dans un litige où la compatibilité entre concurrence et service d'intérêt général paraît peu évidente.

Association nationale des opérateurs détaillants en énergie [ANODE], AJDA 2016, 1600. Le Conseil d'Etat confirme la légalité de la réglementation du prix de vente s'il y a « réexamen périodique de la nécessité de l'intervention étatique sur les prix de vente au détail. » CE, ass., 18 mai 2018, Société Engie, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie [ANODE], n°413688. E.MAUPIN, Des tarifs réglementés de l'électricité, oui mais à certaines conditions, AJDA 2018, p1010.

³³⁰ P. BAUBY, L'europanisation des services publics, p116, *op. cit.*

³³¹ Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, 2004

³³² Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002

³³³ CJUE, 11 juin 2015, *Base Company NV et Mobistar NV*, aff. C-1/14

Encore, la position de la Commission européenne qui estime que le système de financement du logement social aux Pays-Bas est constitutif d'aides d'État car l'activité présente un caractère économique.³³⁴ Là encore, le classement du logement social parmi les activités économiques n'est pas de bon augure dans l'équilibre concurrence – services d'intérêt général.

Concrètement, à la lumière de ces exemples, la question de la compatibilité du service universel avec l'objectif de concurrence européen n'est pas véritablement remise en cause. La Commission insiste sur ce point et, à raison, elle considère ces deux éléments comme compatibles. La question est plutôt de savoir s'ils sont traités d'égal à égal ou au contraire l'un prioritairement à l'autre. La hiérarchisation des priorités n'exclut pas forcément la compatibilité, mais c'est effectivement sur cette question que le débat devrait naître.

Le service universel n'est pas une priorité européenne contrairement à l'abnégation mise pour la concurrence. La hiérarchisation est visible en premier lieu en ce qui concerne les actions communautaires. L'Union agit au titre de sa compétence dans l'achèvement du marché unique, en légiférant, jugeant et donc dessinant de manière précise l'économie continentale. À ce titre, il a pu être évoqué que « *l'examen des sanctions prononcées contre des pratiques anticoncurrentielles ne peut être envisagé sans évoquer la dimension « fédéraliste » du droit communautaire.* »³³⁵ Le service universel quant à lui, contraire aux règles naturelles du marché de manière consubstantielle à la notion, n'est pas traité avec ce dévouement par les instances européennes et n'est que supplétif. Sans écarter la compatibilité des notions, l'Europe valorise nettement l'une par rapport à l'autre.

Finalement, le terme « *universel* » semble devoir beaucoup plus s'appliquer à la concurrence qu'au service universel lui-même. Là où le marché à lui seul semble offrir suffisamment de garanties, des prix et une couverture géographique *suffisamment* accessibles et complets, il n'y a pas de raison pour l'Europe d'instaurer un service universel. Les règles du marché ont pénétré l'entièreté des entreprises au sens européen, tandis que le service universel n'est qu'extrêmement localisé. « *Ces mouvements stratégiques ne concernent que quelques secteurs traditionnellement protégés. Pour les autres, depuis que le marché commun paraît pour l'essentiel réalisé, la science économique tend à remplacer la doctrine politique comme*

³³⁴ Décision C (2009) 9963 de la Commission du 15 décembre 2009 relative au système d'aides aux Pays-Bas en faveur d'un projet destiné à des sociétés de logement social. C. ESTAS, Logement social et services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, AJDA 2014, p327

³³⁵ S. MAIL-FOUILLEUL, Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, *op. cit.*

rationale de la politique et surtout du droit de la concurrence. »³³⁶ « Dans son principe même, il apparaît clairement que le service universel ne laisse guère de place à l'universalité puisque, par définition, il s'agit d'une prestation "dérogatoire" considérée comme nécessaire à l'ajustement d'un système plus large. »³³⁷ Mais au regard des objectifs et des déclarations notamment du Traité d'Amsterdam et de Lisbonne sur la place des SIG et leur rôle en Europe, il est possible d'imaginer un autre avenir pour le service universel. Il est notamment envisageable qu'il ne soit pas traité comme la dérogation à un marché qui rend les biens et services d'intérêt général *suffisamment* accessibles mais qu'il s'étende aux autres SIG, en étant en collaboration réelle et égale avec le droit de la concurrence et non plus simplement supplétif, pour que l'Europe crée un droit des services d'intérêt général *totale*ment accessible.

B. La visée globale d'un nouveau système juridique de service public élargissant la portée de la notion

1. *La nécessité d'équilibrer concurrence et intérêt général*

Les affirmations réitérées par les instances bruxelloises sont correctes, l'Europe fait cohabiter les services d'intérêt général (et les valeurs en découlant) avec les objectifs de concurrence. En revanche, en poussant l'analyse plus loin, cette cohabitation fait apparaître un rapport dominant-dominé. Le paradigme ordolibéral autorise parfois certains objectifs d'intérêt général, mais au cas par cas. Sauf qu'« une Union sans cesse plus étroite » devra fatalement un jour s'intéresser à la place que doivent occuper les services d'intérêt général. Le service universel semble porter à bout de bras les nécessités de cohésion sociale et d'accessibilité pendant que la concurrence est soutenue toute entière et en priorité par l'Europe. L'achèvement du « marché unique » disparaît aujourd'hui vers la constitution d'un « marché absolu ». Tous les secteurs économiques européens seraient libéralisés, et pour les secteurs les plus récalcitrants à constater les bienfaits naturels de la mise en concurrence, le service universel fera office de voiture-balai effaçant toute contestation du miracle libéral. Ce mécanisme pourrait fonctionner, mais l'utilisation beaucoup trop marginale, faible et sectorielle du service universel ne suffit pas à créer une véritable cohésion sociale entre les citoyens européens qui n'ont de fait pas toujours accès aux SIG. Autrement dit, la voiture-balai n'emprunte pas toutes les routes, est défectueuse,

³³⁶ S. MAIL-FOUILLEUL, Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, *op.cit.*

³³⁷ G. J. GUGLIELMI, Un service public universel, *op. cit.*, p3.

et passe souvent trop tard. Ce nouveau marché absolu lui, s'étend à tous les SIEG sans distinction et poussé par l'Union européenne, se montre d'une redoutable efficacité.

En effet, ce « marché absolu » modifie la place de celui qui va recevoir le bien ou le service. Pourtant, celui qui a souscrit un contrat d'électricité avec EDF à l'époque du monopole ou aujourd'hui sous l'ère concurrentielle reçoit toujours de la lumière en appuyant sur son interrupteur. En revanche, aujourd'hui, ce n'est plus le monopole de l'entreprise électrique qui sauvera de l'exclusion sociale celui qui ne peut s'acquitter de sa facture, mais le service universel. La différence, c'est que l'entreprise ne satisfait plus un besoin collectif, mais un besoin individuel. Dans cet exemple, l'honneur est sauf, le besoin individuel est satisfait plus ou moins en fonction des obligations de service universel consacrées par les directives. Cependant, le marché absolu balaie tous les champs économiques alors que le service universel est encore extrêmement sectoriel. Et les entreprises « *démonopolisées* », satisfaisant au départ un besoin collectif, aujourd'hui individualisé, laissera parfois l'utilisateur devenu consommateur sans accès au service pour des questions relatives au coût de ce dernier.³³⁸

L'ouverture à la concurrence des transports de voyageurs par chemin de fer ne conduit-elle pas à abandonner une partie de la population en substituant l'intérêt du consommateur à la place de l'intérêt de l'utilisateur ? Privatisation peut être synonyme de rentabilité, de satisfaction du consommateur. Des arrêts sont supprimés, quelques minutes sont gagnées sur le trajet. Les consommateurs sont gagnants pour la majorité, mais pour les zones rurales, l'utilisateur verra désormais passer le train... Des obligations de service public avec aides d'État remplissant les critères *Altmark* permettraient de résoudre cette situation mais là encore, de manière ponctuelle et partielle, réponse a priori trop sectorielle pour répondre à un besoin collectif. De plus, la question de la sécurité juridique n'est pas véritablement satisfaisante avec cette méthode.

Si l'Europe intervient de manière « fédéraliste » dans le domaine de la concurrence, elle ne doit pas se désintéresser des besoins collectifs des utilisateurs européens. Autrement dit, aller au bout

³³⁸ Ainsi, Carlo Iannello note que « le renforcement des demandes de protection des intérêts des entreprises fournissant des services privatisés, tout comme les revendications individuelles des clients, conduisent à marginaliser les exigences à caractère collectif. » Ce constat pose évidemment un problème quant à la survie même du service public. Il explique ainsi que « la conception individualiste qui se base sur le droit subjectif de l'utilisateur à un service de qualité entraîne une compression de la fonction sociale du service lui-même ; elle engendre du même coup le recul des critères de solidarité et des aspects sociaux qui ont représenté la véritable raison d'être du service public. » L'article traite de la privatisation des services publics en Italie qui, comme en France, résulte des pressions européennes. Il insiste sur le fait que « le processus de privatisation n'a pas obtenu les résultats escomptés, mais la justification avancée se révèle dangereuse pour la survie de l'idée même de service public, car c'est son fondement qu'elle mine. » C. IANNELLO, L'« idée » de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie, AJDA 2012, p2150.

du raisonnement « marché unique – marché absolu » de la manière fédéraliste, c'est aussi se préoccuper de l'organisation des services d'intérêt général. Marché absolu et concurrence laissent de côté un certain nombre de besoins d'intérêt général pour satisfaire le consommateur et non plus l'utilisateur. Et lorsque des obligations de service public le satisfont, c'est de manière sectorielle et partielle. Or, si l'Europe est fédéraliste sur son exigence de concurrence, il faut nécessairement mettre au même plan les besoins d'intérêt général. À ce titre, les écrits de Joël Henry et Michel Chauvière, concernant au départ les SSIG, résonnent également parfaitement avec les SIEG : *« Le glissement de l'objectif exclusivement social vers un but accessoirement social et le détournement de la finalité sociale par des opportunités lucratives ne peuvent qu'engendrer une régression de la solidarité nationale socialisée et une rétraction du contrat républicain. D'une ardente obligation, le social s'en trouverait réduit à l'état de produit sur un marché sélectif, les citoyens les moins fortunés devant se contenter d'un service universel mais minimum, au moindre coût public. La sélection des clientèles les plus solvables, les moins lourdes, la réduction des moyens en personnels, l'affaiblissement du travail interdisciplinaire, le raccourcissement des durées d'intervention pour ne se préoccuper que de la vaine et éphémère suppression des symptômes, l'augmentation du nombre de cas suivis, l'indisponibilité à l'écoute attentive et patiente, la concurrence institutionnelle substituée à la confiance nécessaire entre les uns et les autres, notamment pour la coordination des actions, quand ce n'est pas la chasse aux clients, ne sont que les principaux effets négatifs de cette marchandisation du social. »*³³⁹

Dans ces circonstances, certains auteurs pensent que *« la doctrine française est revenue à l'ordre du jour, et en particulier celle de Duguit, qui avait fondé la construction du droit public (...) Il est probable, à plus d'un siècle de distance, qu'il faut suivre l'intuition de Duguit : la reconstruction d'un nouveau droit public, tenant compte des exigences sociales, passe obligatoirement par la revitalisation de l'idée et la notion de service public. »*³⁴⁰ Sans en appeler forcément à sa résurrection³⁴¹, il pourrait être intéressant que l'Europe justifie le fédéralisme qu'elle s'octroie en matière de concurrence en prenant plus de place dans l'organisation des services d'intérêt général, et de ne pas simplement disséminer des autorisations d'aides d'État relatives à des obligations de service public dont la sécurité

³³⁹ Ces propos tenus au départ pour les SSIG fonctionnent parfaitement avec les SIEG : la clé de lecture est le remplacement du mot « social » par « intérêt général ». J. HENRY et M. CHAUVIERE, Quel statut pour les services sociaux dans l'Union européenne, RDSS 2011, p.1043

³⁴⁰ C. IANNELLO, L'« idée » de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie, *op. cit.*

³⁴¹ M-C. DE MONTECLER, Duguit, réveille-toi, ils sont devenus fous... AJDA 2018, p. 873

juridique est faible et la cohérence peu évidente. L'extension *ratione materiae* du service universel pourrait être une réponse à une telle place de l'Union Européenne.

2. *L'extension du service universel équilibrant concurrence et intérêt général*

Lorsque les activités portent le label de « l'intérêt général », elles doivent être prises en charge avec cet objectif de satisfaire l'utilisateur plus que le consommateur. Dans une perspective où l'Europe concevrait la concurrence simplement comme un moyen, elle devrait organiser l'accès aux services d'intérêt général. La cohésion sociale, valeur de l'Union, ne se fera qu'au prix de l'accessibilité des citoyens à ces services. Les obligations d'intérêt général et les aides publiques, confiées aux États en égard au principe de subsidiarité, sont trop ponctuelles et ne se distinguent pas par leur sécurité juridique.

Le service universel, quant à lui, a pour fonction de garantir cette accessibilité universelle. Mais, comme constaté, il n'a bien trop souvent été utilisé que trop faiblement et trop accessoirement face à la montée du marché absolu depuis l'Acte unique européen. Malgré une application forcément hétérogène en fonction des secteurs, il a néanmoins des objectifs homogènes : l'accessibilité universelle. Il est impulsé par l'Europe mais transposé par les États, avec une certaine marge d'appréciation lorsqu'elle est à la hausse, ce qui conduit à respecter le principe de subsidiarité. Il est suffisamment flexible pour s'étendre à d'autres secteurs.

Finalement, le service universel, exploité d'une autre manière, pourrait être l'outil adéquat à la nécessité de réponse européenne, cohérente et sécurisée, de la satisfaction de l'intérêt général des usagers européens. Pour cela, il doit prendre une autre envergure, notamment à l'aide de son extension matérielle, c'est-à-dire de son ouverture à de nouveaux secteurs. Ce point de vue est partagé par un pan de la doctrine, notamment Martine Lombard. Elle estime ainsi que « *le service universel peut ouvrir des droits nouveaux au citoyen, bien au-delà des domaines dans lesquels il a été pour le moment institué.* »³⁴² Le service universel ne protégerait pas simplement les services économiques dont la concurrence nouvellement instaurée menacerait l'équilibre préétabli, mais pourrait s'étendre à des services historiquement ouverts à la concurrence ou à l'opposé, totalement soumis au secteur public (c'est-à-dire notamment le cas des SNEIG.)

³⁴² Tout en admettant qu'il « ne s'agit là, précisément, que de perspectives virtuelles, que les récentes évolutions du discours européen rendent peut-être un peu plus improbables encore que naguère. » M. LOMBARD, Service public et service universel ou la double inconstance, *in* Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Paris, Dalloz, p507.

Ainsi, il est noté qu'« un débat est né depuis quelques années sur l'opportunité de créer un service universel bancaire, afin d'assurer à tous un droit au compte bancaire, permettant l'accès aux services essentiels que sont le dépôt et le retrait d'espèces ainsi que la fourniture des formules de chèques. » mais qu' « il est bien d'autres domaines dans lesquels un service universel pourrait être utilement organisé, qu'il s'agisse de secteurs marchands, tels la distribution de l'eau, le transport ferroviaire (...) ou encore des secteurs non-marchands, tels l'accès aux soins et la protection sociale, par exemple. D'ores et déjà, les décisions intervenues pour assurer l'accès de toutes les écoles à Internet – de même que les contentieux auxquels elles ont donné lieu – montrent qu'il peut s'opérer des recoupements entre obligations de service universel et service public non marchand. »³⁴³ D'ailleurs, puisque le principe de neutralité européen empêche de prendre en compte la nature publique ou privée du gestionnaire du service, il pourrait être intéressant d'aller plus loin dans cette démarche, par exemple avec un service universel ne se cantonnant pas à des services marchands ou non mais poursuivant l'unique but de rendre accessibles à tous des services d'intérêt général. Il serait ainsi possible d'équilibrer cette neutralité européenne et de répondre à la jurisprudence, par exemple *Pavlov*³⁴⁴ qui estime que « l'absence de but lucratif ainsi que les éléments de solidarité invoqués ne suffisent pas à enlever au fond sa qualité d'entreprise »³⁴⁵, dans une décision qui ne fait qu'illustrer le fait que les SSIG sont dans une zone étrange où la neutralité européenne les fait entrer dans des problématiques concurrentielles alors qu'elles promeuvent des solidarités – ce qui entraîne notamment le bouleversement de quelques idées franco-françaises. Un nouveau point de vue européen pourrait considérer également et dans le respect de la neutralité que l'absence de but lucratif ainsi que des éléments de solidarité ne suffisent pas à soustraire l'application du service universel à ces secteurs...

Le droit au compte figure parmi les secteurs où l'introduction d'un service universel pourrait être sérieusement envisagée au titre de sa prépondérance dans des questions d'inclusion sociale. Les problématiques précédemment évoquées sont explicitées à travers cet exemple : il s'agit d'un service sur un secteur concurrentiel, sans que lui-même soit une activité marchande. Ce droit au compte existe déjà en droit français, comme prescrit par l'article L312-1 du Code monétaire et financier. Jean-François Boudet soutient d'ailleurs qu'il s'agit « d'un droit créance tel que proclamé par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 » mais que

³⁴³ Ibid

³⁴⁴ CJCE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov e.a. contre Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Affaires jointes C-180/98 à C-184/98.

³⁴⁵ J. HENRY et M. CHAUVIERE, Quel statut pour les services sociaux dans l'Union européenne ? Arguments pour des services sociaux non économiques d'intérêt général, *op. cit*

« l'analyse du droit au compte fait ressortir une "ambiance de service public" sans que, pour autant, soit réellement affirmée l'existence d'un service public bancaire. » Il déduit logiquement que « les établissements bancaires ont incontestablement des fonctions économiques et commerciales mais ont également la tâche d'accroître la cohésion sociale au profit des plus démunis. » L'auteur fait alors logiquement le lien avec ce qu'il est possible d'attendre du service universel : « Le service universel est un mode particulier de prestation de services d'intérêt économique général, tels que définis par les traités européens, et pourrait dès lors s'appliquer au droit au compte et aux prestations de base, tel que défini par l'article 312-1 C. mon. fin. Il est ainsi jugé d' « intérêt général » et, de ce fait, doit être concrètement appliqué dans des conditions optimales à travers un « test de validité » (les pouvoirs publics doivent s'assurer que le marché « ne réussit pas à assurer une fourniture satisfaisante des besoins en termes de couverture géographique, de qualité et de prix abordable. »). Le test se révélant concluant en l'espèce et en s'appuyant sur un raisonnement européen bien connu, le Conseil peut s'intéresser au mode d'attribution (...) et de financement du service. »³⁴⁶

Un label « service universel » permettrait d'harmoniser et de donner une cohérence matérielle et juridique à tous ces services, économiques ou non, mais poursuivant des objectifs d'intérêt général appelant à une certaine clarté juridique et à une réponse européenne balbutiante malgré les effets d'annonce des derniers traités.

Le service universel est de fait un service minimal. Il ne l'est pas dans sa définition, comme il a été tenté de le faire croire, mais dans la manière dont il est utilisé. Il est loin de transformer la société ou de créer une véritable cohésion sociale comme le suggérait le droit primaire européen, puisqu'il ne fait que panser les plaies du marché, sans aller au-delà. Son extension matérielle, autrement dit sa présence dans plus de secteurs de la vie quotidienne des usagers est obligatoire pour espérer de réelles conséquences sociétales. Mais encore plus, le service universel doit être durand. Les instances européennes doivent veiller à ce qu'il perdure tout en restant utile pour véritablement reconfigurer la notion.

³⁴⁶ J-F. BOUDET, Droit au compte, droit au crédit : service de base ou service universel ? , RDSS 2017, p14

« La continuité dans le temps instaure le service public dans une durée indéterminée qui évoque l'infini sans absolu, la stabilité sans l'immobilisme, une durée qui, comme celle de toute institution, dépasse l'individu. »³⁴⁷ À travers la question de la temporalité du service universel, il y a toujours de manière sous-jacente la même interrogation : quelle est la véritable ambition européenne pour cette notion ?

Pour être ce fer de lance européen de la cohésion sociale et territoriale, la notion doit avoir des garanties d'avenir, qui ne sont pas réelles aujourd'hui. Le service universel est les instances européennes doivent à la fois protéger la survie (1§) et assurer la vie de la notion (2§).

1§ La pérennité de la notion

Le service universel a-t-il vocation à perdurer ? Faire confiance à la notion pour lui assurer sa longévité est nécessaire si elle doit être le cœur d'une vision renouvelée du SIG européen. Le service universel pourrait être la base d'une fondation solide d'une reconfiguration de la cohésion sociale et territoriale européenne. Quelques textes européens semblaient pourtant plutôt le concevoir comme un échafaudage de fortune en attendant que la concurrence se consolide toute seule (A). Pourtant, la pratique a donné tort à ces architectes, l'édifice ne se consolidant finalement pas de lui-même (B).

A L'orientation vers une notion éphémère accompagnant la libéralisation

1. Le mutisme des premières communications

Il semble qu'au moment de l'apparition du service universel en Europe, la *soft law* européenne ne fût pas de la durée de vie de la notion un élément capital sur lequel il fallait communiquer très vite. Lorsqu'est véritablement créé le service universel aux débuts des années 1990 par les acteurs concernés, attentifs à la législation européenne, ils découvrent un terme dont toute la portée semble encore à ses balbutiements et dont la priorité pour les juristes européens est d'abord de lui assurer une existence convenable avant de s'occuper de la date de ses funérailles.

³⁴⁷ G. J. GUGLIELMI, Un service public universel ? , *op. cit.*, p10.

Ce qui explique que finalement, le service universel est élaboré au départ avec une durée indéterminée.

À plusieurs reprises, ce mutisme est constaté. Volontaire ou non de la part des institutions qui le mirent en place, il ne permettait aucune analyse sur le fait que la notion perdure ou non. Très tôt, en 1990, la Commission va expliquer que les organismes de télécommunication remplissent une mission particulière qui consiste « *en l'établissement et l'exploitation d'un réseau universel, c'est-à-dire ayant une couverture géographique générale et étant fourni, sur demande et dans un délai raisonnable, à tout fournisseur de services ou utilisateurs.* »³⁴⁸ Il n'y a ici, ce qui est du reste tout à fait compréhensible, aucune mention de l'éventuelle fin du service universel, soit au bout d'une certaine durée, soit du fait d'une mission accomplie qui le rendrait alors inutile. Ce n'est pas forcément dans ce type de directives un défaut, le caractère prescriptif bien que large du contenu sans évoquer d'autres éléments évite un législateur trop bavard. Néanmoins, il semble que les directives ne soient pas des textes propices pour obtenir des éléments sur la durée de vie du service universel.³⁴⁹ Il faut alors plutôt regarder du côté de la *soft law* dont l'Europe est assez friande afin de faire preuve de pédagogie. Une communication commence à aller plus loin dans la définition et le contour du service universel en 1993,³⁵⁰ dressant notamment le contenu de la notion³⁵¹, mais restant une fois de plus muette sur le destin qui lui est réservé. Néanmoins il est possible d'aller un peu plus loin dans l'étude de la communication. D'une part, la notion a encore quelques jours devant elle, puisque la Commission évoque déjà les évolutions futures du service universel, ce qui semble plein d'ambition.³⁵² D'autre part, dans la même communication, lorsque la Commission fait du service universel un point nécessaire pour accomplir ses objectifs, sa pérennité peut sembler envisageable.³⁵³

³⁴⁸ Directive 90/388/C.E.E de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés de services de télécommunications, J.O.C.E., L. 192 du 24 juillet 1990, p.10 (cons. 18).

³⁴⁹ Encore, à titre d'exemple, la directive Service postal : « Une offre de services postaux de qualité déterminée fournis de manière permanente en tout point du territoire à des prix abordables pour tous les utilisateurs. » Le législateur répète le contenu principal de la notion sans s'y épancher. Directive n°67/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997

³⁵⁰ COM (93) 543 final Brussels, 15 november 1993, Communication from the Commission to the council. The European Parliament and the Economic and social committee Developing universal service for telecommunications in a competitive environment

³⁵¹ « The basic provision of service ; quality of service ; tariff principles i.e. cost-orientations of tariffs (...) ; dispute resolutions mechanisms ; special service public features (...) ; certain community-wide service features

³⁵² « In this respect, the Commission considers that the principles provided for in the context of ONP are sufficient at this stage to form the basis of universal service conditions, whilst being open to further evolution on the basis of technological and markets developments, as well as in the light of practice experience. » *Ibid*

³⁵³ « [...] recognises that common principles for the provision of universal service are useful and necessary in order to achieve a balanced and fair regulatory environment throughout the Community, as well as being in the

Il n'y avait en tout cas aucune certitude quant au devenir du service universel puisqu'il était assez compliqué de comprendre l'ambition que l'Europe lui conférerait. La question juridique du devenir du service universel est liée aux attentes économiques européennes : la notion permet-elle seulement de s'adapter aux futurs marchés qui pénétreront l'économie européenne ou est-elle plus ambitieuse dans la cohésion sociale ? Le doute est entretenu et l'enjeu de la temporalité de la notion se situe ici. Marc Debène et Olivier Raymundie résument d'ailleurs la problématique ainsi : « *selon le schéma retenu, le service universel se situera sur une échelle de possibilités allant du simple accès au réseau (accès aux infrastructures et aux services de base) à l'offre de services diversifiés tenant compte de multiples objectifs économiques, sociaux et politiques. Au premier niveau de l'échelle, l'institution du service universel n'aurait pour rôle que de servir de béquilles à la concurrence, pour faire accepter les rigueurs du marché. Au sommet, elle déboucherait vraisemblablement sur une nouvelle société.* »³⁵⁴

2. L'allusion à une notion éphémère

D'autres auteurs ont clairement pronostiqué le devenir du service universel parmi ces deux possibilités : « *sans aller jusqu'à la "nouvelle société", le service universel représente un niveau de service destiné à s'appliquer pendant une période transitoire, celle qui caractérise le passage d'une situation de monopole à une situation de concurrence. Il ne définit qu'un niveau d'exigences minimales, sans préciser ce que devraient être les obligations de service public après la "démonopolisation".* »³⁵⁵ Le service universel ne serait selon ce point de vue, pas éternel. Il n'y a pas de date limite à l'application du service universel, néanmoins il s'agirait effectivement plutôt « *de béquilles à la concurrence.* » Béquilles qu'il conviendrait de retirer une fois que la concurrence aura réparé le dommage qu'elle a elle-même causé... Ce net virage vers une orientation éphémère de la notion alors que le législateur était resté muet pendant des années a notamment été souligné par Martine Lombard, constatant qu' « *en septembre 2000, alors que les autres définitions des termes utilisés restent globalement inchangées, celle*

interests of consumers by establishing basic minimum service levels for both national and pan-European services. *Ibid.* C'est ensuite le Conseil qui insiste sur le propos en réaffirmant quelques mois plus tard que « des principes communs en matière de fourniture d'un service universel seraient nécessaires pour réaliser un environnement réglementaire et équilibré et équitable dans toute la Communauté tout en tenant compte des conditions spécifiques nationales sur le plan réglementaire et sur celui du marché. » et reconnaît « que le maintien et le développement d'un service de télécommunications universel, assuré par un financement adéquat, sont un facteur clé pour le développement futur des télécommunications dans la Communauté. » Résolution du Conseil du 7 février 1994, sur les principes en matière de service universel dans le secteur des télécommunications.

³⁵⁴ M. DEBENE et O. RAYMUNDIE, Sur le service universel, renouveau du service public ou nouvelle mystification ?, *op. cit.*

³⁵⁵ C. ISIDORO, L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre: Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni, *op. cit.*, p362 s.

concernant le service universel est significativement modifiée. Il est, en effet, indiqué : “Le service universel, et notamment la définition des obligations de service universel, doit accompagner la libéralisation des secteurs de services dans l’Union européenne, tels que celui des télécommunications.” et il est ajouté : “La définition et la garantie d’un service universel permettent le maintien pour tous les utilisateurs et tous les consommateurs de l’accessibilité et de la qualité du service pendant le processus de passage d’une situation de prestations de services sous monopole à celle de marchés ouverts à la concurrence“ » concluant qu’ « il est ainsi remarquable que le débat ne porte que sur le maintien du service universel, et non sur son extension, à ce stade. »³⁵⁶

Selon ce positionnement désormais clair des institutions européennes concernant le service universel, il faut s’attendre à sa disparition. Il n’a pas vocation à rester éternellement présent sur la scène juridique européenne mais disparaîtra de lui-même lorsque la concurrence se suffira à elle-même pour équilibrer le marché et la cohésion sociale. La destination du service universel est donc cette fois spécifiée par le législateur.

Plusieurs éléments confirment cette tendance à la disparition progressive du service universel. À titre d’exemple : les obligations de service universel du secteur téléphonique. Avant 2015, et la loi pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques, connue également sous le nom de loi Macron, le Code des postes et des communications électroniques spécifiait à l’article L35-1 la liste des obligations de service universel à laquelle était soumise l’opérateur qui en était chargé. L’alinéa 3 de ce même article prescrivait ainsi « *l’accès à des cabines téléphoniques publiques installées sur le domaine public ou à d’autres points d’accès au service téléphonique au public* ». Évidemment, il n’aura échappé à personne la désuétude actuelle des cabines téléphoniques et leurs remplacements acté par la téléphonie mobile, que les députés Pierre Camani et Fabrice Verdier avaient d’ailleurs souligné dans leur rapport du 17 octobre 2014.³⁵⁷ Ils soulignent le coût exorbitant de leur présence pour un service dont le besoin a aujourd’hui disparu.³⁵⁸ L’alinéa 3 de l’article L35-1 a donc été abrogé, mais n’a pas pour autant

³⁵⁶ M. LOMBARD, Service public et service universel ou la double inconstance, *op. cit.*

³⁵⁷ « Les cabines téléphoniques connaissent une chute drastique de leur trafic, et l’ensemble des auditions menées par la mission font ressortir un report de leur demande vers l’accès aux services de téléphonie mobile. » P. CAMANI et F. VERDIER, Le service universel des communications électroniques au regard des nouveaux usages technologiques : enjeux et perspectives d’évolution, *op. cit.*, p18.

³⁵⁸ « La composante publiphonie connaît au surplus une érosion très importante de sa rentabilité. En effet, le trafic à partir des publiphones s’établit au 1^{er} trimestre 2014 à 5 millions de minutes pour un chiffre d’affaires de 3M€ par trimestre, soit 12M€ par an (source ARCEP). À titre de comparaison en 2000, le trafic représentait un chiffre d’affaires de 516M€, et en 2007 le trafic s’élevait à 600 millions de minutes et les revenus générés à 124M€. Une forte décroissance du trafic des cabines téléphoniques, à hauteur de plus de 90%, a donc été constatée durant la décennie écoulée, principalement due au développement de la téléphonie mobile. En 2012, 91% du parc de cabines

été remplacé par du neuf. L'obligation a désormais disparu, le marché de la téléphonie mobile se suffisant à lui-même. Cet exemple confirme donc la communication de la Commission considérant le service universel comme une étape de transition.

De manière assez semblable, le traditionnel annuaire papier – le bottin – a connu le même sort. Listée comme obligation de service universel au deuxième alinéa de l'article, le rapport insiste également sur sa désuétude : « *L'annuaire imprimé (« les pages blanches ») a perdu une grande partie de son utilité. D'une part, l'inscription sur l'annuaire des abonnés mobiles est effectuée sur demande, à l'inverse des abonnés du fixe qui y sont inscrits d'office, sauf opposition de leur part. Dans ces conditions l'annuaire pages blanches ne justifie plus son nom d'universel et perd de son intérêt dès lors [que] le nombre de personnes ne disposant que du téléphone mobile est en augmentation. D'autre part, la concurrence des services de renseignement disponibles sur internet, qui permettent la consultation gratuite d'annuaires d'abonnés à jour, diminue également l'intérêt des annuaires imprimés distribués une fois par an.* »³⁵⁹ Le sort est alors semblable à celui des cabines téléphoniques pour les annuaires : l'ARCEP explique que « *la publication de l'annuaire d'abonnés est apparue dépassée car ce service est naturellement offert par le marché, notamment dans sa forme électronique* » et assure la pédagogie de la loi de 2015 : « *La loi n°2015-990 du 6 août 2015 dite "loi Macron" est en effet venue supprimer "la composante 3" et prendre acte du caractère substituable des formes imprimée et électronique pour la "composante 2", rendant inutile la désignation d'un opérateur pour assurer le service, naturellement offerte par le marché.* »³⁶⁰ Le secteur téléphonique illustre donc parfaitement la disparition progressive du service universel une fois la transition vers le marché achevée.

Pourtant, malgré ces intentions et parfois ces suppressions, le service universel est toujours une notion consacrée par le droit positif.

sur la voie publique, soit 74 352 cabines étaient déficitaires, ce qui signifie qu'elles génèrent un chiffre d'affaires ne permettant pas de couvrir les frais liés à leur maintenance. » *Ibid*, p16.

³⁵⁹ *Ibid*

³⁶⁰ « Le service universel des communications électroniques », consulté le 19 juin 2018, <https://www.arcep.fr/?id=8102#c61890>.

B. La persistance de la notion

1. L'actuelle zone grise du service universel

Si effectivement, la vocation du service universel n'était que de « *faire avaler la pilule de la concurrence* »³⁶¹ et d'être transitoire, alors ce dernier ne devrait plus être aujourd'hui que de l'histoire du droit. L'œuvre de libéralisation ayant commencé depuis l'Acte unique européen, l'accompagnement de ce processus aurait, en plus de trente ans, pu s'achever ou en tout cas se réduire. De manière très simple et assez binaire, il aurait suffi de constater que les directives évoquant l'instauration d'un service universel n'avaient pas été abrogées. Il est vrai que la libéralisation néanmoins n'est pas totalement acquise. Malgré un certain nombre de directives nommées « *achèvement du marché* »³⁶² ou « *ouverture totale à la concurrence* »³⁶³, il n'en reste pas moins que la vitesse demandée pour établir un marché libéralisé est sans doute plus longue qu'imaginée au départ, ce qui peut être un facteur expliquant le maintien du service universel.

Il est vrai en tout cas que le service universel connaît des variations sans pour autant vivre de révolutions. Aucune des deux possibilités évoquées par Marc Debène et Olivier Raymudie n'est pour l'instant réalisée : sans que le service universel soit « *une nouvelle mystification* », il n'est pas non plus pour l'instant de l'ordre du « *renouveau du service public* ». La France s'est quelque fois saisie de la notion pour l'étendre à d'autres champs d'application, cependant l'étroitesse de cette extension était loin de faire penser à une révolution mais à de simples ajustements.³⁶⁴

2. La nécessaire conciliation entre stabilité et mutabilité

En arguant que le service universel n'est nécessaire que pendant une période limitée, la Commission estime que la mise en concurrence le rendra obsolète. La preuve par l'exemple pour l'Union Européenne : le service universel est aujourd'hui inutile dans le domaine des télécommunications mobiles, ce qui a été maintes fois réaffirmé autant par la *soft law* européenne que par la jurisprudence.³⁶⁵ Avec sa très forte disponibilité, il n'y aurait pas

³⁶¹ C. ISIDORO, L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire, *op. cit.*

³⁶² Comme la directive 2008/6/CE du 20 février 2008 dite d'achèvement du marché postal

³⁶³ D 2003/54/CE et 2003/55/CE pour l'ouverture totale à la concurrence de l'électricité et du gaz

³⁶⁴ L'article L653-5 du Code rural et de la pêche maritime instaure ainsi « afin de contribuer à l'aménagement du territoire et de préserver la diversité génétique, (...) un service universel de distribution et de mise en place de la semence des ruminants en monte publique, assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité au bénéfice de tous les éleveurs qui en font la demande. »

³⁶⁵ CJUE, 11 juin 2015, Base Company NV et Mobistar NV, aff. C-1/14, voir supra.

d'exclusion d'usagers de la téléphonie mobile qui engendrerait une nécessité de service universel. Certes, il est tout à fait juste de constater la prise en main totale par des acteurs privés d'activités autrefois totalement prises en charge par la personne publique. Il ne s'agit ni plus ni moins que des évolutions historiques des secteurs publics, que la France a assez largement connu dans son histoire juridico-économique.³⁶⁶ Néanmoins, en affirmant que le service universel n'avait qu'une vocation transitoire et était amené à disparaître, les institutions européennes pensent graver dans le marbre un fait économique et juridique ayant constamment évolué au fil du temps. Les objectifs et l'ambition du service universel en font un objet juridique particulier que ne connaissaient pas l'Europe ou les États-membres auparavant, mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit toujours pourtant d'un simple outil d'intervention économique corrigeant les effets néfastes de la libéralisation. Autrement dit, c'est une réglementation par les puissances publiques de l'économie, ce qui a toujours été le cas dans l'Histoire. Alors, estimer que le service universel ne durera qu'un temps limité « *pendant le processus de passage d'une situation de prestations de services sous monopole à celles de marchés ouverts à la concurrence* »³⁶⁷ conduit à penser que la Commission compte :

- Soit sur le fait que la concurrence supplante réellement toute intervention de l'État dans les activités de service en réseau. Ce postulat serait tout à fait péremptoire et « *une réflexion qui ne serait pas aveuglée par l'idéologie conduirait à soutenir exactement le contraire.* »³⁶⁸
- Soit, et cette hypothèse semble la plus probable, que la confiance dans le marché restera forte sans être totale mais néanmoins, en cas de carence, préférera utiliser de manière ponctuelle des obligations de service public, emportant moins de contraintes et étant plus flexibles que l'outil du service universel. Et surtout, cela conduirait à ce que les personnes publiques agissent de manière plus parcellaire et plus restrictive, les obligations de service public rejoignant alors dans l'esprit le test de proportionnalité aux aides publiques de la jurisprudence *Altmark*.

En se centrant sur l'expérience française, il est possible de constater que le service universel et le service public, s'ils ont été parfois comparés, sont encore très largement différents en termes de conception temporelle. Premièrement, sur la question de l'éventuelle disparition du service

³⁶⁶ Sophie Nicinski explique que « L'Etat français oscille entre une tradition interventionniste et des poussées libérales. » S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 5^{ème} éd., 2016, p27.

³⁶⁷ COM(2000) 580 final, §39

³⁶⁸ C. IANNELLO, « L' « idée » de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie », *op. cit.*

universel devant une autorégulation du marché arrivé à maturité, il y a un fort contraste entre les points de vue national et communautaire. Malgré les évolutions du droit français en matière d'interventionnisme, ces dernières ne conduisent personne aujourd'hui à évoquer une quelconque vocation transitoire d'un service public qui disparaîtrait.³⁶⁹ Deuxièmement, le législateur européen a raison d'être lucide sur l'obsolescence de certaines branches du service universel à terme. Mais rapproché encore une fois du service public français, il s'agit peut-être simplement de l'évolution de l'intérêt général lui-même. Certaines activités perdent leur « label » d'intérêt général, sans pour autant que ce soit le signe annonciateur de la mort future du service public.

Parce qu'ils touchent au même objet (des activités d'intérêt général qu'il convient de protéger de possibles inadéquations avec la déréglementation), service universel européen et service public français sont soumis au même aléa, la fluctuation de l'intérêt général. Certaines activités n'ont plus besoin du joug de la personne publique pour fonctionner, d'autres apparaissent à un moment T comme d'intérêt général de manière évidente, sans jamais l'avoir été auparavant. Une époque qui n'est finalement pas si éloignée d'aujourd'hui, voyait dans le tabac, l'alcool et la prostitution des monopoles d'État nécessaires³⁷⁰, tandis qu'en son temps Maurice Hauriou eut la crainte qu'un triste jour, la France connaisse la dépravation en considérant qu'un théâtre puisse être d'intérêt général.³⁷¹

Ainsi, le service universel ne devrait pas être amené à disparaître, non pas que cela soit impossible juridiquement, mais simplement sa disparition ne sera pas la conséquence de la fin du processus de libéralisation : ce dernier ne sera jamais terminé s'il faut compter sur

³⁶⁹ En assouplissant la célèbre décision CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de la ville de Nevers* par la décision CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, la personne publique peut désormais intervenir sans obligation de carence de l'initiative privée, qui n'est désormais qu'une des formes possibles de l'intérêt public. Pour autant « si les personnes publiques entendent « prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. » La règle jurisprudentielle était donc plus stricte en 1930 qu'aujourd'hui mais réservait néanmoins la possibilité d'intervenir pour la personne publique. Même la très sévère jurisprudence CE, 29 mars 1901, *Casanova*, laissait la porte ouverte à une éventuelle intervention de la personne publique en cas de circonstances « exceptionnelles. »

³⁷⁰ « Les monopoles d'État constituent aujourd'hui un des éléments essentiels de l'interventionnisme étatique en matière économique (...) En aval de ces économies il y a la consommation et parmi cette consommation un certain nombre de biens particulièrement convoités comme le tabac, l'alcool, les substances hallucinogènes et la prostitution. Mais l'usage ou le commerce de ces produits ou de ces services peut entraîner des conséquences néfastes. Il est cependant impossible d'interdire leur circulation, un des principaux moteurs de l'activité humaine. » R. DE BEAUMONT, *L'aménagement des monopoles d'État français visés par l'article 37 du Traité de Rome*, thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 27 février 1968, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p7

³⁷¹ Le théâtre « exalte l'imagination, habitue les esprits à une vie factice et fictive... et excite les passions de l'amour, lesquelles sont aussi dangereuses que celles du jeu et de l'intempérance. » Note ss CE, 7 avril 1916, *Astruc* : S, 1916, 3, 41.

l'autorégulation du marché. Néanmoins, il pourrait être amené à être remplacé par des obligations de service public, ponctuelles, qui ne témoigneraient pas en faveur de la cohésion de l'action européenne en matière de services d'intérêt général...

Confier un avenir et une existence au service universel est une chose importante, lui donner les conditions de son épanouissement l'est tout autant. En effet, il est nécessaire de lui donner les moyens de réellement protéger les usagers. L'aspect évolutif, dynamique de la notion est consubstantiel à son utilité. Déliaer le service universel du progrès technologique reviendrait à maintenir vivante une notion en perpétuelle obsolescence.

2§ La dynamisme de la notion

La consécration du dynamisme du service universel est obligatoire pour qu'il conserve de l'intérêt. La notion ne peut pas « vivre » par elle-même, elle a besoin constamment de réévaluation du socle qu'elle garantit afin de ne pas protéger des services qui seraient désuets. Des interrogations et même des espoirs ont pu naître à ce sujet (A) ; le droit européen quant à lui a eu l'occasion d'en traduire un certain nombre, notamment dans le secteur des télécommunications (B).

A. Le caractère dynamique attendu de la notion

1. *Le caractère dynamique inclus dans les dispositions du service universel*

Longtemps critiqués pour n'assurer que le minimum du service public, les protagonistes à l'origine du service universel ont pourtant rapidement considéré que la notion devait être « dynamique ».³⁷² Cette caractéristique, comme le soulève largement la doctrine, en fait une notion intéressante et particulière.

Apposer le terme de dynamisme au service universel écarte l'écueil d'une notion figée. La Commission comprend, comme le montrent ses différentes communications, que la garantie de

³⁷² Le Livre vert de la Commission relatif aux SIG de 2003 inscrit ainsi cet adjectif dans son texte : « Le service universel est un concept dynamique », repris par le Livre blanc relatif aux SIG en 2004 : « Le service universel est une notion dynamique et flexible. »

service d'intérêt général minimal aux usagers deviendrait très vite obsolète si ce minimum restait figé devant des SIG évoluant eu égard à leur cheminement naturel. Lorsque les mutations de la société et le progrès s'intensifient, le seuil de garantie doit suivre proportionnellement cette courbe de progrès, au risque de perdre tout son intérêt. Cela reviendrait dans le cas contraire rapidement à garantir, à l'époque des records de vitesse des TGV, des chevaux de trait. Ainsi, la Commission confirme que le service universel doit veiller « *à ce que les exigences d'intérêt général puissent tenir compte de l'évolution politique, sociale, économique et technologique et il permet, si nécessaire, d'adapter régulièrement ces exigences à l'évolution des besoins des citoyens.* »³⁷³ Pour ce faire, le Livre blanc de la Commission entend qu'il « *peut être redéfini périodiquement.* »³⁷⁴

À plusieurs reprises, la doctrine a mis en exergue cette caractéristique, démontrant un peu plus l'intérêt porté au caractère évolutif de la notion. Il est ainsi souligné que ce dynamisme en fait une notion « *remarquable* ». ³⁷⁵

2. Les attendus d'une notion dynamique

La mise en parallèle de la notion et de son caractère dynamique avec les objectifs fixés par les traités relatifs aux services d'intérêt général permet d'imaginer les attentes que les usagers et les États membres pouvaient raisonnablement avoir au sujet du service universel. Ce dernier semblait pouvoir, avec ce caractère, apporter protection et cohésion au sein de l'espace européen.

Tout d'abord, un tel principe apporte de la protection aux usagers. Il est un socle de services protégés et garantis par le service universel certes, mais en assurant sa revalorisation en fonction

³⁷³ Livre vert de la Commission, du 21 mai 2003, sur les services d'intérêt général [COM(2003) 270 final - Journal officiel C 76 du 25.03.2004]. Dans le même sens, le Livre blanc en découlant en 2004 confirme

³⁷⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 12 mai 2004, intitulée « Livre blanc sur les services d'intérêt général » [COM(2004) 374 final. Dans le même sens, Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe [Journal officiel C 281 du 26.09.1996]. Modifiée par l'acte: Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe [Journal officiel C 17 du 19.01.2001] affirmait déjà en 1996 que « la notion de service universel est cependant flexible, dans la mesure où son contenu est élaboré progressivement en fonction des caractéristiques structurelles et techniques et des besoins propres à chaque secteur. Cette notion est en tout cas évolutive : elle doit s'adapter aux mutations technologiques, aux exigences nouvelles de l'intérêt général, aux besoins des usagers. »

³⁷⁵ J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, p21, *op. cit.* D'autres auteurs notent dans leur définition du service universel cette spécificité : « La notion de service universel a donc été conçue comme un palliatif à l'ouverture à la concurrence de certains secteurs. Elle est cependant appréhendée comme une notion diachronique. » G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public*, Montchrestien, 2^{ème} éd., p170.

des mutations autour de lui, sa pérennité « interne » est assurée. Estimer qu'un socle matériel peut être garanti précisément et indéfiniment est illusoire : les progrès rendent très vite obsolète cette protection. Il faut donc sans cesse nourrir ce socle afin qu'il demeure protecteur, et certains auteurs appellent à la « *vigilance (...) parce que le service universel doit être une notion effectivement dynamique et intégrer dans son périmètre les évolutions techniques et sociétales sans quoi il perdrait, de fait, tout son sens.* »³⁷⁶ Cette vigilance est notamment rappelée par le Comité économique et social, défendant les usagers : « *Les utilisateurs escomptent la fourniture d'un service universel global, qui soit adapté en fonction de leurs besoins, qui tienne compte de l'évolution de la société européenne, et ne consiste pas seulement en prestations types de qualité limitée. Parallèlement à la définition actuelle d'un service universel, il y a lieu d'adapter de manière dynamique l'offre de service universel dans le cadre d'un dialogue social. La définition du service universel doit être complétée en conséquence.* »³⁷⁷ En prêtant attention à ce caractère évolutif, le service universel pourrait devenir une pierre angulaire d'une vision renouvelée des services d'intérêt général en Europe : « *Il pourrait en résulter l'abandon, à terme, de l'idée que le service universel ne serait qu'un service public minimum, destiné à éviter son délitement complet (...)* ».³⁷⁸ La doctrine a pu nourrir à ce titre une certaine ambition pour le service universel, dont le niveau de protection garantirait une vision renouvelée de la société, et de la place de l'utilisateur.³⁷⁹

Secondement, un caractère évolutif du service universel peut potentiellement conférer un certain niveau de cohésion à l'ensemble des usagers des États membres. Augmenter le socle minimal des services garantis, c'est nécessairement réduire les fractures d'accessibilité dans la consommation de ces services par les usagers. Le propre du service universel est de protéger l'utilisateur exclu, cette exclusion serait pourtant toujours réelle si le service universel n'évoluait pas à la même vitesse que le niveau moyen des services d'intérêt général. La Commission souligne que « *le réseau de services d'intérêt général constitue un élément essentiel de la*

³⁷⁶ D. FLACHER, « Ouverture à la concurrence et service universel : avancées ou reculs du service public ? », Regards croisés sur l'économie, 2007/2 (n° 2), p. 76-85. DOI : 10.3917/rce.002.0076. URL : <https://www.cairn.info/revue-regards-croises-sur-l-economie-2007-2-page-76.htm>

³⁷⁷ Avis du Comité économique et social sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE du Conseil en vue de les adapter à l'environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ « L'enrichissement ainsi réalisé pourrait aller jusqu'à englober non seulement tout ce qui donnera au consommateur la possibilité d'utiliser les fruits du progrès technique, mais encore tout ce qui est essentiel au citoyen pour qu'il puisse participer au fonctionnement d'une société démocratique. Le Livre vert sur les télécommunications (1987) insistait ainsi sur le fait que pour rendre accessible à tous la société de l'information, il est essentiel de souligner le caractère dynamique de la notion de service universel. » M. DEBENE, O. RAYMUNDIE, Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification, *op. cit.*

*cohésion sociale ; inversement, la disparition de ces services est le signe de la désertification d'une zone rurale ou de la dégradation d'une ville. La Communauté s'est engagée à garder intact la fonction de ces services, tout en améliorant leur efficacité. »*³⁸⁰ Le maintien à un certain niveau de qualité du service universel permet d'atteindre les objectifs fixés de protection de la « *cohésion économique, sociale et territoriale.* »³⁸¹

Même en essayant de rendre totalement objectifs les critères du service universel et de créer une indexation prévisible, le choix même de ces critères traduit des orientations, des doctrines. Le droit européen a bâti un système avec des critères qui garantissent un socle, sans toutefois transcender l'organisation des SIEG en Europe, ce qui a pu faire élever quelques voix, partisans tout comme détracteurs du service universel.

B. La revalorisation périodique du service universel

1. La source juridique du réexamen du contenu du service universel

Le caractère dynamique prévu par la notion est surtout un élément intéressant dans les domaines de fortes et rapides évolutions et progrès technologiques, ce qui explique notamment que le réexamen du service universel ne s'applique réellement et entièrement qu'au secteur des télécommunications. C'est d'ailleurs dans la directive consacrée à ce dernier dite « Service universel »³⁸² que se tient la source de ce réexamen périodique. L'article 15 prescrit une analyse dans un cadre périodique régulier et prédéfini, en fonction de l'évolution d'un certain nombre de critères matériels.

En ce qui concerne la périodicité, le cadre fixé par la directive est très clair : « *La Commission revoit périodiquement la portée du service universel, en particulier en vue d'en proposer la modification ou la redéfinition au Parlement européen et au Conseil. Un réexamen est effectué, la première fois deux ans au plus tard après la date d'application figurant à l'article 38*³⁸³ (...),

³⁸⁰ COM(2000) 580 final Communication de la Commission au Conseil Les services d'intérêt général en Europe

³⁸¹ Article 3 TUE 3.

³⁸² Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»)

³⁸³ Article fixant la date de transposition : « Les États membres adoptent et publient les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 24 juillet 2003. Ils en informent immédiatement la Commission. Ils appliquent ces dispositions à partir du 25 juillet 2003. »

et ensuite tous les trois ans. » Cette durée permet a priori un réexamen régulier et suffisant de la situation, tout en conservant l'effet utile de cette veille.

Les critères matériels de ce réexamen sont inscrits en annexe de la directive : l'éventuel réexamen du service universel est fonction du niveau d'utilisation du service, de la disponibilité de ce dernier et des progrès technologiques du secteur. La question est alors de savoir comment sont manipulés ces critères. La directive répond de manière très transparente puisque ces critères doivent répondre à deux questions qu'elle liste :

- *« Existe-t-il des services spécifiques accessibles à une majorité de consommateurs et utilisés par une majorité d'entre eux ? L'absence de tels services ou leur non-utilisation par une minorité de consommateurs est-elle source d'exclusion ? »*

Et

- *« La mise à disposition et l'utilisation de services spécifiques procurent-elles à l'ensemble des consommateurs un avantage général net justifiant une intervention publique lorsque les services spécifiques ne sont pas fournis au public selon des conditions commerciales normales ? »*

2. La mise en œuvre du réexamen du contenu du service universel

La réponse à ces différentes questions met en exergue plusieurs conditions pour étendre une obligation de service universel. Lors du troisième réexamen de la portée du service universel en 2011³⁸⁴, la question de la couverture haut débit a illustré ces conditions. La Commission a explicité les termes *« grande majorité de la population »* en recommandant aux États membres de fixer des OSU d' *« inclusion des connexions à haut débit [...] lorsque le débit en question est utilisé à l'échelon national par au moins la moitié des ménages et au moins 80% de tous les ménages ayant une connexion haut débit. »* La Commission poursuit en donnant certains indicateurs chargés d'orienter les États membres dans leurs choix : *« la disponibilité du haut débit attendue sur le marché en l'absence d'intervention publique ; les inconvénients sociaux et économiques subis par ceux qui ne bénéficient pas de l'accès à une connexion à haut débit, y compris par les utilisateurs finaux souffrant d'un handicap ; du coût d'une intervention publique par le biais des OSU et de la comparaison de ce coût avec l'utilisation d'autres*

³⁸⁴ COM(2011) 795 final Communication de la Commission au Parlement Européen

approches ; des avantages d'une intervention publique et de ses effets sur la concurrence, les distorsions sur le marché et les objectifs stratégiques généraux » concluant « ainsi, il n'y aurait intervention que lorsque les bénéfices totaux sont supérieurs aux coûts totaux. »

Finalement, en synthèse, pour étendre une obligation de service universel :

- Il faut que le service soit suffisamment « démocratisé », utilisé par la population pour un certain nombre de raisons
 - o Que son déploiement consécutif à son inscription en tant que service universel ne soit pas trop onéreux,³⁸⁵
 - o Que son déploiement consécutif à son inscription en tant que service universel ne freine pas les avantages qui découleraient naturellement de l'économie de marché³⁸⁶
- Il faut également que le service ne satisfasse pas entièrement la population, car dans ce cas-là, le marché se suffirait à lui-même, il n'y a pas d'exclusion « suffisante » des usagers.³⁸⁷

L'ensemble des critères nécessaires pour étendre le service universel conduit à un effet tout à fait paradoxal : il ne s'étend que si le service est suffisamment accessible pour considérer que tout le monde n'est pas consommateur, mais pas trop, pour qu'il profite tout de même à des exclus. Le fenêtrage est donc relativement fermé pour conduire à une extension périodique des obligations de service universel. Depuis la directive « Services » de 2002, les obligations de service universel dans le domaine des télécommunications ont évolué conformément à ce mécanisme. Néanmoins, ces dernières furent timides et ont parfois tardé à exister. Le rapport sur le réexamen de la portée du service universel de 2006 débouche sur une note claire de la Commission : « *Il résulte de ce réexamen que la Commission ne fera pour le moment aucune proposition visant à changer la portée du service universel.* » Dans le même sens, le rapport de

³⁸⁵ « Il est clair que si les OSU devaient être étendues au haut débit pour l'ensemble de l'UE, cela augmenterait considérablement la nécessité d'un financement sectoriel et de « subventions croisées » entre les groupes de consommateurs d'un pays donné, la charge pesant sur l'industrie et l'influence des prix aux consommateurs étant maximales dans les Etats membres où les niveaux de revenus et de couverture du haut débit sont actuellement faibles. » *Ibid*, p5.

³⁸⁶ « En outre, le fait d'imposer prématurément le haut débit au niveau de l'UE ou des pays risque d'entraîner des distorsions sur les marchés et de retarder les investissements privés dans le haut débit. » *Ibid*, p5-6

³⁸⁷ « Depuis le dernier examen, on peut observer une progression de l'adoption des services mobiles et une diminution de leurs prix. Cela confirme l'analyse effectuée lors des examens antérieurs, qui montrait que la fourniture concurrentielle de communications mobiles avait entraîné, pour les consommateurs, un accès abordable généralisé à ces services évitant tout risque d'exclusion sociale. » *Ibid*, p10

2011 se conclut ainsi : « *A l'heure actuelle, la Commission n'estime pas nécessaire de modifier le concept de base et les principes du service universel en tant qu'instrument visant à prévenir l'exclusion sociale. À ce stade, il ne serait pas indiqué d'inclure la mobilité ou d'exiger un débit spécifique au niveau de l'UE.* »

Par exemple, la problématique de l'élargissement de la bande Internet revient à chaque réexamen de la portée du service universel depuis 2006, mais jamais la Commission n'a jugé pertinent d'étendre l'obligation à ce niveau-là. Douze ans après, le Code européen des communications électroniques étend quelque peu l'obligation fixant un seuil relevé d'exigence, sans toutefois mentionner encore le terme de haut-débit.³⁸⁸

Le résultat de cette étroitesse de la fenêtre est celui d'un service universel qui n'évolue finalement que lentement. En confiant à la concurrence le soin d'étendre à l'ensemble de la population les services, ce qui induit que le service universel est soit perçu comme un frein à la croissance naturelle du marché, soit un surplus inutile et coûteux et, dans cet état, un mal nécessaire mais transitoire, la notion semble vouée à un faible rôle dans l'économie européenne. Lors des consultations menées par la Commission afin d'envisager une évolution de la portée du service universel, un large éventail de points de vue s'exprimait sur la consistance à lui donner et vont « *de la suppression pure et simple du service universel à l'idée que "la fourniture du service universel doit être renforcée."* »³⁸⁹ Trois positions claires semblent finalement se dégager :

- La suppression du service universel
- La revalorisation du service universel³⁹⁰

³⁸⁸ Article 79 du Code des communications électroniques : « Les États membres définissent le service d'accès fonctionnel à l'internet visé au paragraphe 1 de sorte qu'il reflète correctement les services utilisés par la majorité des utilisateurs finaux sur leur territoire. À cette fin, le service d'accès fonctionnel à l'internet est capable de prendre en charge l'ensemble minimal des services énoncés à l'annexe V. » à savoir la « liste des services que le service d'accès fonctionnel à l'internet doit pouvoir prendre en charge conformément à l'article 79, § (1) messagerie électronique (2) moteurs de recherche permettant de chercher et trouver tout type d'information (3) outils en ligne de base destinés à la formation et à l'éducation (4) journaux/sites d'information en ligne (5) achat/commande de biens ou services en ligne (6) recherche d'emploi et outils de recherche d'emploi (7) réseautage professionnel (8) banque en ligne (9) utilisation de services d'administration en ligne (10) médias sociaux et applications de messagerie instantanée (11) appels vocaux et vidéo (qualité standard) »

³⁸⁹ COM(2006) 163 final p6

³⁹⁰ Il faut alors noter plusieurs expressions, notamment d'associations de consommateurs, lors des consultations publiques relatives au réexamen de la portée de la notion dans le secteur des télécommunications : « Plusieurs organisations, notamment de défense des consommateurs, ont estimé que les critères de réexamen ou l'évaluation de la Commission étaient trop restrictifs ou manquaient d'ambition, et se sont prononcées en faveur d'une extension de la portée du service universel aux services mobiles et/ou aux services à large bande. » Dans le même sens : « Beaucoup d'organisations, notamment de défense des consommateurs, ont critiqué les critères de réexamen et l'approche adoptée par la Commission, les qualifiant de restrictifs, et se sont prononcées en faveur

- Une position qui semble médiane, celle notamment adoptée par la Commission et précédemment décrite, faisant du service universel un instrument coûteux et aux conséquences potentiellement néfastes pour les consommateurs à long terme³⁹¹

La position soutenue par la Commission promet la continuité du service universel, et un réexamen régulier. Mais comme l'a démontré le secteur des télécommunications, la revalorisation ponctuelle est rare et timide, laissant la satisfaction de l'intérêt général aux vertus de la déréglementation. Or, ce service universel dont la pérennité est certes assurée, aurait vocation à être plus curatif que constructif.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Le service universel porte clairement en lui les germes d'une notion qui pourrait révolutionner le droit des services d'intérêt général européen grâce à son objectif qui est celle d'une accessibilité à un service. Mais le droit positif est très loin de suivre ce chemin actuellement. Il en est loin tout d'abord en ce qui concerne son champ matériel. Il ne couvre que quelques SIEG ouverts de matière relativement récente à la concurrence, ce qui démontre plus de l'abnégation européenne au marché unique qu'à la protection des usagers les plus vulnérables. Il existe un déséquilibre entre la force employée à la constitution de véritables concurrences dans les entreprises de réseaux qu'à la situation des usagers. Il serait possible de penser que d'autres secteurs soient couverts du « label » du service universel, protégeant ainsi l'accessibilité à des services, ce qui pourrait être constitutif d'une véritable cohésion sociale européenne.

d'une extension des obligations de service universel aux services mobiles. Certains ont demandé que les éléments sociaux et les questions concernant le caractère abordable des services fassent l'objet d'une analyse plus approfondie. » ou encore, « Plusieurs associations de consommateurs ont fait valoir que la large bande est devenue nécessaire pour pouvoir participer normalement à la vie en société, et qu'elle devrait être comprise dans le service universel. Pour certains, la faiblesse des taux de pénétration n'est pas une raison d'exclure une intervention réglementaire si les avantages potentiels compensent les coûts potentiels pour les consommateurs. Quelques uns ont fait valoir que comme il faut plusieurs années pour que les changements de réglementation soient mis en œuvre au niveau national, le présent réexamen devrait se montrer proactif en étendant la portée du service universel, car cela pourrait inciter à une adoption plus étendue de la large bande. Une autorité publique régionale a estimé que l'inclusion de la large bande serait nécessaire pour garantir l'égalité d'accès à chacun et pour aider à atteindre les objectifs de Lisbonne dans la région. » *Ibid*

³⁹¹ « Pour beaucoup, toute extension de la portée du service universel et de son financement risquerait d'affaiblir la concurrence, de faire obstacle aux investissements, et de freiner l'innovation. » Dans le même sens : « Les entreprises du secteur et les utilisateurs ont insisté sur le fait que la large bande en est encore plus ou moins dans ses premières phases d'adoption sur le marché, où la pénétration et la baisse des prix pour les consommateurs résultent de la concurrence. Au stade actuel il est difficile de dire si les défaillances du marché vont persister. Le fait de rendre l'accès à la large bande obligatoire conduirait à un niveau de coût déraisonnable ou à des subventions croisées entre différents groupes de consommateurs ou services (...). » *Ibid*

De plus, avant même de se préoccuper de l'extension de la notion, il faut au préalable penser à sa survie. Le service universel ne disparaît pas mais les textes européens ne mentionnent pas non plus l'éternité de son existence. Un socle solide garantissant une cohésion sociale européenne doit s'exprimer par un avenir durable à la fois de la notion et dans la notion.

Le service universel, bien qu'aujourd'hui peu étendu, dispose d'un fort potentiel permettant de guérir certains maux qui frappent aujourd'hui le service public en France. Parmi les problèmes qui peuvent être cités, il y a tout d'abord l'idéologie qui guide le service d'intérêt général en Europe, fondé sur la concurrence, et le service public « à la française », fondée sur les lois de Rolland. Même si aujourd'hui ces deux approches tendent à se rejoindre, le service universel peut relier les deux en assurant valeurs du service public et maintien de la concurrence (Section I). Un deuxième problème se pose avec la question constamment d'actualité de désertification des services publics. Ici, malgré une forte action publique, le mal est toujours présent. Le service universel garantit une accessibilité qui peut s'étendre, en cas de choix politique, à des SNEIG, ce qui pourrait assurer clairement une accessibilité qui fait tant défaut (Section II).

Section I : Une conciliation nécessaire entre les bornes internes et européennes de l'intérêt général

Beaucoup de divergences, ne s'arrêtant pas à la sémantique, ont été soulignées concernant le service public en Europe. La notion de service universel, par ricochet, est questionnée quant à la proportion qui pourrait lui être confiée dans le monde économique et social : le financement, les valeurs, les secteurs concernés, la portée temporelle... Ces conflits politiques mènent au *statu quo* juridique analysé précédemment.

Sur ces questions de conflit de valeurs, certaines comparaisons peuvent être faites. Si la France peut témoigner d'une chose, il s'agit sans doute de son expérience en termes de conflits sociaux.³⁹² Lorsque ceux-ci s'amorcent et que la crise conduit à la mobilisation des syndicats et aux grèves, cela se règle le plus souvent à la table des négociations avec le Gouvernement, qui tranche à l'issue d'un compromis avec les parties prenantes. Ces dernières, plus ou moins satisfaites, repartent sur de nouvelles bases. Le mécanisme démocratique voudra qu'aux élections suivantes, le peuple fasse son choix selon son sentiment résultant de l'ensemble des réformes. Finalement, bon an mal an, le pays sera peut-être temporairement paralysé mais des solutions se dégageront. En regardant à l'échelle européenne, les positions des États et de l'Union semblent se cristalliser autour de la question sociale. De fait, sur l'échiquier du service

³⁹² Quelques exemples dans M. PIGENET et D. TARTAKOWSKY, Histoire des mouvements sociaux en France de 1814 à nos jours, 2012, La Découverte.

universel, personne ne semble bouger ses pions. Pourquoi le conflit social entre syndicats et État d'un côté et État et Europe de l'autre ne sont pas comparables, et n'aboutissent pas aux mêmes conséquences ?

Une piste de réponse peut se dégager à travers l'existence d'une variable qui est présente dans ce conflit État/Europe : l'existence de la souveraineté des États. Or, la souveraineté semble également dessiner l'intérêt général. Le destin commun promis au service universel met donc en exergue ces contradictions (1§). Si l'affrontement entre deux forces égales s'annulent, il semble nécessaire d'opter pour une autre voie que celle de la contradiction, et de réfléchir à celle de la destinée commune (2§).

1§ La mise en exergue de contradictions

L'Europe a opté pour le néologisme « service d'intérêt général » pour ne pas créer de confusions parmi les États avec ce qui est appelé en France « le service public ». Ce choix peut être discuté, tant le terme d'intérêt général relève d'une analyse subjective et largement étatique. Cette immixtion européenne dans le droit des services publics conduit à repenser la relation entre souveraineté et intérêt général (A) et à prendre du recul sur les attentes française et européenne (B).

A L'immixtion européenne dans la définition de l'intérêt général

1. *La souveraineté à la source de l'intérêt général*

La première analyse qu'il convient de faire est celle de la proximité toute particulière des notions de souveraineté et d'intérêt général. La connexité peut se faire sur plusieurs plans : premièrement, bien que largement traités en doctrine³⁹³, ces deux termes révèlent des concepts tout à fait abstraits ; secondement, ces deux thèmes renferment des significations importantes.

L'intérêt général a ceci de particulier qu'il enferme le paradoxe de décider à la place d'un ce qui va être le mieux pour le tout. « *Il est tenu d'apparaître comme porteur d'un intérêt qui*

³⁹³ Termes largement traités et définis par la doctrine, les synthèses de ces pensées sont présentes dans tous les manuels de droit constitutionnel pour la souveraineté et de droit des services publics pour l'intérêt général.

dépasse et transcende l'intérêt de ses membres. »³⁹⁴ Ce qui signifie donc qu'une dualité existe entre l'intérêt général et les intérêts particuliers des individus.³⁹⁵

Pour trancher ce qui relève de l'intérêt général, différent de la somme des intérêts particuliers, il faut nécessairement qu'une entité légitime opère. Il s'agit donc du détenteur de la *summa potestas*, la « *puissance qui n'est soumise à aucune autre* »³⁹⁶ qui sera chargée de décider de ce qu'est l'intérêt général et ainsi des objectifs de l'action publique. L'État exerce donc la souveraineté au nom de l'intérêt général. Ses représentants, lorsque la souveraineté est nationale ou le référendum lorsque la souveraineté est directe, sont les instruments permettant de se faire la voix de cet intérêt général. Ce mécanisme constitutionnel assure la démocratie et la légitimation du choix opéré.³⁹⁷

Il existe donc des relations de proximité et de réciprocité très fortes entre la souveraineté, incarnée par l'État grâce aux mécanismes constitutionnels des démocraties, et l'intérêt général qui justifie certaines fois une action contraire à un intérêt privé. La question rhétorique du Professeur Benoît Plessix met en exergue la parentalité de ces deux notions : « *sans [la souveraineté], comment s'expliquerait-on qu'un intérêt transcendantal puisse primer sur les intérêts particuliers ?* »³⁹⁸

Enfin, naturellement, le service public et l'intérêt général sont indissociables, ce dernier étant le « dénominateur commun » de tous les services publics.³⁹⁹ De ce fait, il y aurait une relation tripartite logique : la *souveraineté* peut agir par le moyen du *service public* dans un but d'*intérêt général*. Donc le service public est légitime à agir car il est adossé à une souveraineté légitime.

³⁹⁴ J. CHEVALLIER, Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? in *L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz, 2015, p92

³⁹⁵ « Cette vision aboutit à la représentation d'un espace social divisé en deux sphères distinctes : d'un côté la « sphère privée », ou société civile, formée des individus défendant leurs « intérêts particuliers » ; de l'autre, la « sphère publique », construite à partir de la figure de l'Etat qui porte l'intérêt général. » Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, EDCE 1999, n°50, p239-357

³⁹⁶ Selon la définition de Gérard Cornu de la souveraineté, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2009

³⁹⁷ « L'intérêt général est un intérêt transcendantal et non le résultat de la mise en balance spontanée des intérêts particuliers sur lesquels il prend corps, s'il se caractérise par son extériorité et sa supériorité, s'il dépasse les intérêts particuliers dont il n'est pas la somme mais qu'il surplombe, se pose alors nécessairement une question : d'où vient l'intérêt général ? Dans quelle source puise-t-il cette faculté de prévaloir sur les intérêts particuliers ? C'est en réalité la théorie de la souveraineté qui fournit la réponse : c'est précisément le Souverain qui détermine souverainement, librement, ce qui est ou non d'intérêt général. » B. PLESSIX, *Intérêt général et souveraineté in Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, p519, *op. cit.*

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ « L'élément du service public qui, en apparence, souffre le moins de contestation car l'intérêt général se présente bien comme le dénominateur commun de tous les services publics, il en constitue l'élément constant. Au-delà de la diversité des objets [...] on retrouve l'unicité du but poursuivi : la satisfaction de l'intérêt général. » J-F LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, LexisNexis, p. 28

Néanmoins, cette relation se complexifie avec l'arrivée de l'acteur européen et son placement dans cette relation.

2. *Un droit européen intercalé dans le système*

Le droit européen est inévitablement un acteur qui va modifier ce postulat de base de liaison entre souveraineté et intérêt général. La relation se complexifie du fait que la souveraineté de l'État doit composer avec l'Union Européenne. L'Europe disposant également d'une sphère de compétences, de la possibilité d'édicter des normes, parfois d'effet direct⁴⁰⁰, cela oblige à repenser le schéma des entités qui satisfont l'intérêt général.

Dans ce conflit d'entités légitimes, il est compliqué de déterminer clairement un partage des compétences, à l'instar de ce qui peut se faire dans des constitutions d'État fédéral.⁴⁰¹ La répartition est parfois assez claire, notamment sur la prévalence de la politique économique et concurrentielle de l'Union⁴⁰², mais il faut constater que, concernant les services d'intérêt général, les conflits de souveraineté sont favorisés par la multiplicité des forces en présence. Ainsi, par exemple, la conséquence de l'article 106 TFUE, disposant que les SIEG sont soumis aux règles de concurrence sauf si cela « *fait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* », conduit à appliquer les règles européennes en matière de concurrence et les règles nationales pour ce qui concerne l'intérêt général.

La question des frontières de la souveraineté des États et des compétences de l'Union est souvent au cœur de débats et les décisions à prendre relatives aux services d'intérêt général n'échappent pas à la règle. Les procédures de décisions et la répartition des compétences ne clarifient pas l'identité du détenteur de la souveraineté agissant dans l'intérêt général. Il y a un État membre qui doit agir seul dans ce domaine, ayant compétence pour le définir ; des initiatives européennes en matières économique et concurrentielle heurtent parfois cet intérêt général par ricochet ; et enfin à cette séparation, se sont mêlées les incursions plus frontales du droit de l'Union dans le champ des SIG, comme avec les créations du service universel. Une sorte de flou risque alors de se créer au moment de comprendre qui est véritablement responsable d'une action publique.

⁴⁰⁰ Voir notamment l'arrêt de principe concernant l'effet direct : CJCE, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise, 5 février 1963

⁴⁰¹ Comme la liste des compétences des Länder et de l'Etat fédéral selon la Loi fondamentale allemande, art. 70 et s.

⁴⁰² Voir supra

La relation établie précédemment entre État et intérêt général est donc bousculée. La création du principe de subsidiarité ne serait d'ailleurs sans doute pas étrangère aux craintes des États.⁴⁰³ Le droit européen est exclu des activités manifestant la souveraineté des États⁴⁰⁴ de manière tout à fait claire. Le droit de la concurrence tel qu'édicté par l'Union Européenne s'applique aux États membres. Les services d'intérêt général semblent à la frontière. Nécessairement, si l'économie est de la compétence de l'Union Européenne et si l'intérêt général relève de la souveraineté des États, alors les services d'intérêt économique général se retrouvent au milieu de tirs croisés.

Bien qu'une et indivisible et appartenant au peuple ou à la Nation (ou aux deux) selon les opinions constitutionnelles, il faut constater qu'il n'est ni commun ni commode de réfléchir à cette dualité d'entités exerçant cette souveraineté. De plus, la liaison entre souveraineté et intérêt général est mise à l'épreuve si la première est balbutiante. « *N'est pas souverain celui qui perd par intermittence les conditions de son existence même. [...] Il n'a plus cette puissance suprême et exclusive, puisqu'il n'est pas à l'abri d'un pouvoir concurrent, extérieur ou intérieur, qui s'engouffrerait dans la vacance du pouvoir.* »⁴⁰⁵

La conséquence de cet intercalage du droit européen est le conflit de souveraineté qui en résulte et nécessairement, de la légitimité de la décision prise dans l'intérêt général.

Le positionnement du droit européen oblige à analyser deux modèles de l'intérêt général. Ne revêt pas la même signification l'intérêt général vu traditionnellement en France et celui tel qu'analysé par les pays anglo-saxons. De même, le bénéficiaire du service n'est pas considéré de la même manière, grossièrement alternativement usager ou consommateur.

⁴⁰³ R. MEHDI, Intérêt général et droit de l'Union Européenne, Réflexions cursives sur une notion « indéfinissable », in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op.cit.*, p357

⁴⁰⁴ CJCE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft mbH contre Eurocontrol

⁴⁰⁵ J. VIGUIER, Intérêt général et intérêt national in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op.cit.*, p651

1. *Les divergences en amont : la théorie*

Une fois analysée cette possibilité que, volontairement ou non, un conflit d'entités pouvait avoir lieu sur des décisions affectant l'intérêt général, il faut encore constater que les visées de ces décisions peuvent être différentes. Non seulement, Europe et État créent du droit affectant les services d'intérêt général, mais, qui plus est, avec des objectifs différents car eux-mêmes ont une idée différente de ce que revêt l'intérêt général.

« *Oxymore juridique : concept insaisissable mais structurant* »⁴⁰⁶, l'intérêt général justifie l'action publique sans que personne n'ait de certitude sur son contenu. Il semble que droit français et droit européen n'échappent pas à ces divergences. La position française est, bien que toujours atypique eu égard à la place du service public dans la création du droit administratif, classable dans la catégorie de la vision de l'intérêt général romano-germanique. L'objectif de la puissance publique est de se placer au-dessus des intérêts particuliers pour trancher dans le sens de l'intérêt général.⁴⁰⁷ S'il est possible de considérer le droit européen comme imprégné par une politique d'inspiration économiquement libérale⁴⁰⁸, il semble également opportun de classer sa structuration de l'intérêt général dans un sens plus anglo-saxon.

Deux éléments peuvent conduire à cette conclusion. A la lecture de la pression européenne pour une mise en concurrence aussi forte que possible des SIEG, telle que le définit la politique de l'article 106 TFUE, les interventions publiques doivent s'effacer autant que possible derrière le marché. Ce qui conduit à faire de l'intervention publique une action tout à fait subsidiaire. Cela revient donc à considérer que l'intérêt de tous est d'abord satisfait par le marché. Vision sans doute assez différente d'une conception romano-germanique considérant que l'intérêt général ne doit pas prendre en compte les intérêts particuliers mais que le souverain les transcende dans sa décision.⁴⁰⁹ Le second élément permettant de classer la vision de l'intérêt général de

⁴⁰⁶ Conseil d'Etat, L'intérêt général, EDCE 1999, n°50, p239-357

⁴⁰⁷ Ainsi l'analyse du Conseil d'Etat est formulée ainsi : « En France, comme dans d'autres pays d'Europe continentale, on a au contraire prévalu la conception d'un intérêt général opposé aux intérêts particuliers. Intérêt général et intérêts particuliers ont été perçus comme d'essence différente, mais encore contradictoires : l'intérêt collectif de la société entrerait inévitablement en conflit avec les intérêts particuliers des membres, contre lesquels il devrait être protégé et imposé. » *Ibid.*

⁴⁰⁸ Voir supra, Chapitre 2

⁴⁰⁹ « Sous cette forme, l'intérêt général entre souvent en conflit avec le droit de la concurrence. Pour ceux qui croient aux vertus de la libre concurrence, toute intervention de l'Etat dans le fonctionnement du marché, fondée expressément ou implicitement sur l'intérêt général, apparaît *a priori* artificielle et perturbatrice. » L. VOGEL, Intérêt général et concurrence : la guerre ou la paix ? in Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op.cit.*, p667

l'Union se réfère à la gestion publique de l'État. Mue par les règles budgétaires européennes, l'avènement du New Public Management⁴¹⁰ traduit également une réflexion plus anglo-saxonne de l'intérêt général au sein de l'Union.

S'il y a conflit entre entités agissant dans l'intérêt général, il faut alors en plus constater que ce dernier n'est pas vu de la même façon selon que l'Europe ou la France le met en œuvre. Ce fameux intérêt général à l'anglo-saxonne n'annihilerait pas du tout les intérêts particuliers mais bien au contraire en ferait la synthèse et tout se passerait comme si l'action publique ne disposait que d'un mandat impératif lui ordonnant de concilier les intérêts privés en vigueur.⁴¹¹

Cette différence de conception en amont de l'intérêt général conduit à l'autre bout de la chaîne à considérer autrement le récipiendaire du service d'intérêt général.

2. Les divergences en aval : le récipiendaire du service

Les thèses duigistes et l'École de Bordeaux, mettant le service public au cœur du droit administratif, vont conférer en droit français au récipiendaire un rôle tout à fait particulier puisque ce dernier va disposer de droits. Ce statut d'usager du service public place le récipiendaire sous la protection des lois de Rolland et des droits qui en découlent : un droit d'accès venant du principe d'égalité, un droit au fonctionnement normal du service tiré des principes de continuité et d'adaptabilité, un droit à l'information et à la participation émergeant des nouveaux principes du service public.⁴¹²

Or, la mise en concurrence des établissements publics montre une vision autre de la part des institutions européennes. Ces droits de l'usager semblent être relégués à un autre plan s'il y a pluralité des opérateurs : cet usager a désormais la possibilité d'aller chercher l'offre de son choix et donc de réfléchir à la qualité du service attendu. Dans ce contexte est de plus en plus

⁴¹⁰ Voir supra, Chapitre 2

⁴¹¹ « Dans les pays anglo-saxons, et en particulier aux Etats-Unis, l'intérêt général n'a jamais été considéré comme le produit de la seule délibération parlementaire ou sortant tout armé du cerveau des fonctionnaires : à la base de sa formation, on trouve nécessairement les intérêts particuliers, fragmentaires et concurrentiels, du corps social. ; il convient de mettre ces différents intérêts en balance, afin de parvenir au meilleur compromis possible. Les élus comme les fonctionnaires ont été dès lors conduits, non plus à fuir, mais à rechercher les contacts sociaux ; l'intérêt général résultera plus de la confrontation la plus large possible entre les différents groupes d'intérêt qui sont appelés à sa définition. » Conseil d'Etat, L'intérêt général, EDCE 1999, n°50, p239-357

⁴¹² G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, Droit du service public, Montchrestien, 3è éd., 2011, p748

utilisé le terme de consommateur.⁴¹³ Au fur et à mesure que le marché pénétrerait le service public, le terme d'usager lui laisserait donc sa place.

Ici encore, une dichotomie apparaîtrait : sous l'empire du droit public français, existerait un usager de service public protégé par le sceau de l'intérêt général et les lois de Rolland et sous l'empire du droit européen, existerait un consommateur protégé par l'intérêt général, cette fois-ci au sens anglo-saxon du terme, protégé par la multiplicité de choix offert sur le marché.

En regardant de plus près le service universel, certains y verraient émerger cette dualité : un service public à deux vitesses, une pour le consommateur solvable, l'autre pour l'usager le plus fragile. Certains défendent alors ardemment le principe de subsidiarité comme bouclier de l'Europe libérale pour défendre les valeurs de l'usager.⁴¹⁴

Ces deux idéologies semblent néanmoins, comme cela a été défendu à plusieurs reprises, importantes et surtout conciliables : « *Le rapport remis au Premier Ministre par R. Denoix de Saint-Marc défend également que la conception française du service public n'est pas incompatible avec celles des autorités communautaires bien qu'elles procèdent de deux démarches intellectuelles différentes.* »⁴¹⁵ En effet, les lois de Rolland se rapprochent également de préoccupations européennes de solidarité, notamment en termes d'accessibilité et de permanence du service.⁴¹⁶ Ces rapprochements peuvent laisser augurer un point d'équilibre entre deux conceptions qui ne seraient pas si antinomiques.

2§ La place du service universel dans la perspective de compromis

D'histoire et d'inspiration différentes, les écarts idéologiques européen et français au sujet de l'intérêt général ne paraissent pas irréconciliables. Si, à première vue, tout les oppose, chacune des deux institutions semble avancer l'une vers l'autre. Délaissé, le service universel pourrait pourtant les aider à arriver au point d'équilibre : une vision commune de l'intérêt général en

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ « L'espace européen a certes besoin de concurrence. Mais le principe de subsidiarité implique que la définition des missions de service public relève d'un choix propre à l'Etat. Il appartient à l'Etat de choisir la réponse qu'il entend apporter à l'ensemble des citoyens, de se déterminer ou non en faveur de la péréquation tarifaire, de l'universalité et de la programmation à long terme, etc..., et ce droit doit lui être reconnu. »⁴¹⁴ F.BOROTRA, Rapport d'information sur le service public dans le cadre de l'Union européenne, Assemblée nationale, Paris Assemblée nationale 1995

⁴¹⁵ N. BELLOUBET-FRIER, Les services publics et l'Europe *in* Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne

⁴¹⁶ Voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre II

Europe (A). Mais ce progrès en droit matériel semble devoir se conjuguer à un rapprochement organique des souverainetés définissant l'intérêt général actuellement en Europe (B).

A. Le service universel au point de rencontre des conceptions de l'intérêt général

1. *Les amorces européenne et française de conciliation*

L'ensemble des contradictions idéologiques aboutit forcément à une impasse. La libéralisation des marchés remet en cause la place de la puissance publique dans l'économie et donc de l'intérêt général en France. D'un autre côté, l'interventionnisme nuit aux desseins de marché en Europe, alors que cette libéralisation satisferait l'intérêt général selon une autre théorie. La première piste de conciliation fut d'abord de délimiter des terrains réservés : un marché libéralisé par les normes européennes et un intérêt général sous contrôle des États. Cependant, cette solution, encore largement d'actualité aujourd'hui, fonctionne mal, les deux notions s'entrechoquant régulièrement lorsqu'il s'agit d'économie publique.⁴¹⁷ Il semblait donc important que chacune des deux parties prenantes s'approche de la sphère de compétences de l'autre. Pour satisfaire l'organisation des services publics, notamment en France, il fallait nécessairement que l'État et l'Europe fassent des concessions sur leur politique découlant de leurs idéologies respectives.

Du côté européen, la valeur des services d'intérêt général semble peu à peu reconnue par la jurisprudence et les traités. Le fer de lance que furent les décisions *Corbeau* et *Commune d'Almelo* ont permis d'entrouvrir la porte à l'intervention publique dans l'économie.⁴¹⁸ Mais, peut-être d'une manière plus claire, le changement de ton des traités semble démontrer une inflexion européenne. Du très laconique Traité de Rome, qui semblait ne laisser aucune place aux services d'intérêt général, le langage du législateur européen a laissé entrevoir une position plus compréhensive face à ces derniers. D'abord avec le traité d'Amsterdam concédant « *la*

⁴¹⁷ « Le traité prend acte du maintien dans la sphère régaliennne de certains domaines ou aménage, au profit des Etats, diverses dérogations justifiées par la sauvegarde de leurs intérêts essentiels. Aucune d'entre elles ne peut toutefois être mise en œuvre sans considération pour les exigences fondamentales du droit de l'Union. Tout en se situant clairement en dehors du champ d'application matérielle du traité, l'exercice de ces compétences est contraint par la nécessité de tenir compte de l'influence connexe du droit de l'Union. Même partielle, l'intégration conduit « à des incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales » dans tous les cas « où elles sont nécessaires pour que, du fait des pouvoirs retenus par les Etats membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité gravement compromise. » Intérêt général et droit de l'UE. Réflexions cursives sur une notion « indéfinissable » R. MEHDI, *in* L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op. cit.*, p357

⁴¹⁸ Voir *supra*, Chapitre 2

place qu'occupent les services d'intérêt général parmi les valeurs de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union »⁴¹⁹. L'acte final précise que ces dispositions doivent respecter « les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services. »⁴²⁰ Puis, en 2007, avec le traité de Lisbonne, est inséré le protocole n°26 relatif aux SIG. Trois éléments sont importants : « le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ; la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ; un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs. »

Quelle analyse faire de ces positions européennes ? Les enjeux sociaux que soulèvent les services d'intérêt général semblent entendus. Néanmoins aucune révolution idéologique n'a eu lieu : se réjouir de l'article 7D du Traité d'Amsterdam revient a priori à applaudir un *statu quo*. En ce qui concerne l'annexion du protocole n°26 au Traité de Lisbonne, il faudrait comprendre dans quelle mesure l'accent mis sur les services d'intérêt général va réellement dans le sens d'une conciliation des points de vue européen et français. Rédigé en réponse à l'indignation des Pays-Bas suite à une enquête de la Commission pour aide d'État dans la politique néerlandaise de logement social, la consécration forte du principe de subsidiarité semble plutôt marquer une levée de bouclier des États dans leur conception de l'intérêt général qu'une conciliation de points de vue en bonne et due forme.⁴²¹

D'un autre côté, les États, et notamment la France, opèrent également un rapprochement idéologique et juridique vers une satisfaction des usagers-consommateurs par la mise en concurrence. Bien évidemment, cette conciliation est sans doute un peu plus « à marche forcée » puisque les droits primaire et dérivé de l'Union l'imposent aux États. La France ne défend pourtant pas toujours ardemment cette idée d'intervention publique pour l'intérêt

⁴¹⁹ Article 7D du Traité d'Amsterdam

⁴²⁰ Acte final du Traité d'Amsterdam

⁴²¹ « Mais il est vrai que le contexte fortement empreint de subsidiarité dans lequel la révision de l'article 16 du Traité CE est intervenue ne favorise pas l'initiative en ce sens ; un contexte dans lequel s'est inscrite également la rédaction du nouveau protocole sur les SIG. » S. RODRIGUES, Les SIEG de Rome à Lisbonne : de l'indifférence à la reconnaissance ?, Revue de l'Union Européenne, n°618, mai 2018, Dalloz, p283 et s.

général à Bruxelles, et certains n'hésitent pas à y voir un double discours digne de Tartuffe.⁴²² L'ouverture à la concurrence des secteurs publics est donc bien réelle, et les États rejoignent petit à petit l'idée européenne.

Difficile voire impossible donc, à l'heure actuelle, de parler de conciliation entre un intérêt général « romano-germanique » et un intérêt général « anglo-saxon ». Pour le Professeur Stéphane Rodrigues, en 60 ans, l'Europe n'est passée que de « *l'indifférence à la reconnaissance* »⁴²³ des SIEG. Des jalons semblent néanmoins posés pour une rencontre, et le point de rendez-vous des idéologies pour un service public européen pourrait se faire autour de l'intérêt général.

2. *Le service universel : centre névralgique de l'équilibre*

La conciliation optimale serait tout simplement de répondre aux prétentions des deux parties. Que le destinataire du service soit nommé usager ou consommateur, l'objectif général semble identique : sa satisfaction. En revanche, les avis divergent sur les moyens entre garantie des points cardinaux du service public et optimisation par le marché.

Considérer le service universel comme un élément de résolution des tensions entre la France et l'Europe peut paraître extrêmement douteux puisque la notion a elle-même créé des oppositions. Là encore, les remarques faites sont celles d'une notion qui s'éloigne trop de l'intérêt général vu par la France. Le service universel serait cantonné à trop peu de secteurs⁴²⁴, il ne serait pas satisfaisant en termes d'accessibilité⁴²⁵, il s'agirait d'« *une dérive minimaliste* » du service public⁴²⁶. Loin de réconcilier les parties, il serait facteur de « *dualisation [...] de la*

⁴²² « *Un exemple de cette tartuferie est particulièrement édifiant [...] a côté de ce discours disant à nouveau toute leur importance et exprimant le souhait d'une directive-cadre en la matière, il s'est produit une vraie révolution : le Président de la République et le Premier ministre ont fait rien moins que de donner leur accord à l'ouverture complète à la concurrence des marchés de l'électricité et du gaz en 2007. D'un côté une déclaration de bonnes intentions. De l'autre, une grenade dégoupillée.* » M. LOMBARD, L'Etat schizo, *op. cit.*, p81.

⁴²³ S. RODRIGUES, Les SIEG de Rome à Lisbonne : de l'indifférence à la reconnaissance ?, *op. cit.*

⁴²⁴ Selon Renaud Denoix de Saint-Marc, le service universel « ne recouvre certes pas l'ensemble des missions de service public qui peuvent être identifiées, mais il n'épuise sans doute pas non plus la notion communautaire de service d'intérêt économique général. » *cité par* N. BELLOUBET-FRIER, Les services publics et l'Europe *in* Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne *op. cit.*

⁴²⁵ Lucien Rapp « démontre que le service universel s'efforce d'obtenir un prix accessible à tous, quelle que soit la condition de chacun, alors que le service public implique nécessairement une intervention correctrice », *Ibid.*

⁴²⁶ Selon Franck Borotra, « il s'agit d'une dérive minimaliste du service public qui ne permet que pallier les carences du marché, mais en aucun cas d'engager une action positive participant à la réalisation de tel ou tel objectif d'intérêt général », *Ibid*

société »⁴²⁷, notamment à cause de son caractère statique⁴²⁸. Ces critiques ne semblent pas faire du service universel un terreau fertile pour une réconciliation des idéologies.

Or, le service universel, dans sa définition même, semble porter les germes d'un point de vue européen commun. Il pourrait répondre aux attentes de toutes les parties prenantes et ainsi être adopté par tous, et dans le meilleur des cas, faire émerger un consensus autour de l'intérêt général. Si l'Union Européenne souhaite une libéralisation des marchés, une mise en concurrence de l'offre même dans ce qui relève des services d'intérêt général, le service universel n'est pas incompatible. Au contraire, le service universel a cette vocation « *à accompagner la libéralisation du marché.* » Cette compatibilité est rappelée à plusieurs reprises par la Commission Européenne. Il est bien logique d'y voir une convenance avec l'intérêt général européen. Concernant sa concordance avec les exigences françaises, il y aurait également des éléments intéressants : en tant que socle minimal de SIEG, il y a nécessairement et intrinsèquement des questions de continuité et d'égalité pour tous. Puisque le service universel doit être accessible à tous et en tout point, l'égalité d'accès est parfaite et la continuité temporelle et spatiale est totale. Il faut concéder les remarques qui ont été faites sur ses faiblesses et ses manques par rapport au service public français et l'extension matérielle et temporelle du service universel est effectivement nécessaire pour l'optimiser et le rendre efficient et protecteur.⁴²⁹

Le service universel offre donc la possibilité de laisser les bienfaits du marché pénétrer ce qui constituait le secteur public en France, tout en garantissant que chaque citoyen bénéficie non seulement du service, mais en plus d'une qualité donnée : le système met en place les garde-fous qui mettent à distance les risques encourus si le marché était seul responsable des secteurs en question. Ainsi l'utilisateur-consommateur pourra bénéficier d'un service continu, accessible et de qualité, grâce à une subtile alliance de droit de la concurrence et d'exigences d'intérêt général.⁴³⁰

⁴²⁷ Selon le Conseil d'Etat « le service universel est un programme d'assistance qui conduit à une dualisation ou à une segmentation du marché »

⁴²⁸ « Le service universel apparaît comme une notion statique face à celle de service public, plus dynamique, créatrice d'un intérêt général renforcé. » *Ibid*

⁴²⁹ Voir Partie I, Titre II, Chapitre I

⁴³⁰ Le rapport Denoix De Saint Marc indique que l'utilisateur « peut exiger que le service lui soit fourni dans des conditions de continuité et de prix qu'il n'obtiendrait pas d'une entreprise ordinaire. Mais cela ne doit pas l'empêcher d'obtenir une qualité élevée de service et d'accueil, même si son fournisseur est en situation de monopole. »

Réelles mais timides, les avancées permises par les modifications des traités européens ne permettent toujours pas de dessiner une ligne commune de l'intérêt général, découlant toujours de la souveraineté des États. Le service universel pourrait, en se consolidant, donner une assise juridique réunissant les deux parties. Néanmoins, pour se transformer, il a nécessairement besoin de légitimité. Deux mécanismes permettraient sans doute d'agir sur ce point : un renforcement des liens entre États souverains ou une légitimation par les peuples souverains.

B Une légitimité institutionnelle nécessaire

1. *Légitimité horizontale et fédéralisation*

Le service universel pourrait être l'outil de la réconciliation entre les États, notamment la France, et l'Union européenne en alliant à la fois les bienfaits du marché et l'interventionnisme étatique mesuré. Néanmoins, cette hypothèse est toujours soumise aux conflits d'entités et il est peut-être naïf de croire que les vents contraires iraient jusqu'à modifier leurs courants d'eux-mêmes pour s'engager dans un sens commun de l'intérêt général européen. Un des problèmes de ce *statu quo* du service universel repose sans doute sur cette complexité de la souveraineté. Dans l'optique de remédier à ces problèmes, il est sans doute possible juridiquement de clarifier la relation et d'éviter le chevauchement des compétences.

Dégager un intérêt général européen qui serve d'appui au service universel oblige nécessairement à opérer des choix politiques. Parler d'une voix commune conduit forcément à des concessions. Ainsi, l'intérêt général européen semble devoir transcender celui des États membres, tout comme l'intérêt général d'un État transcende les intérêts particuliers qui le composent.⁴³¹ À cet effet, il semble utile de clarifier les compétences entre toutes les entités en jeu. Le droit constitutionnel, à ce titre, connaît un outil qui semble tout à fait répondre à la problématique de dégager un intérêt général supérieur avec une répartition claire des

⁴³¹ Une comparaison faite par Rostane Mehdi : « En tant que principe d'action permettant la réalisation des valeurs fondamentales d'une société, la promotion de l'intérêt général reste un enjeu. Cette vérité d'évidence revêt plus d'acuité encore dans un monde en crise. En ce sens, la pérennité du projet européen dépendra de la capacité de l'Union à énoncer et servir efficacement un intérêt commun qui est plus que la somme des intérêts particuliers des Etats membres qui la composent. » R. MEHDI, Intérêt général et droit de l'Union Européenne, Réflexions cursives sur une notion « indéfinissable », *in* L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *op.cit.*, p357

compétences : c'est le principe d'autonomie, connu des États fédéraux, avec la distribution constitutionnelle par des clauses attributives aux différentes entités de l'État fédéral. Ainsi, à l'instar de la loi fondamentale allemande, trois listes seraient dégagées répartissant les domaines d'attribution des entités.⁴³² Cette répartition existe quelque peu avec les Traités européens mais souffre des limites de frontières floues et de souveraineté partagée. Certains auteurs ont depuis longtemps imaginé la perspective de cette répartition et le placement de l'intérêt général dans un ensemble de « *compétences concurrentes* ». ⁴³³

S'appuyer sur une légitimité institutionnelle pour trancher ce qui relève de l'intérêt général conduit finalement à s'interroger sur une vision plus fédérale de l'Europe, ou tout du moins de rapprocher les enjeux sociaux portés par les services d'intérêt général plus près de Bruxelles, tout comme cela se fait pour la politique concurrentielle. Il est possible de constater que la reprise de la notion de service universel ne se fera pas sans une légitimité repensée de l'Europe, sans cesse remise en question.⁴³⁴ Il serait alors heureux de croire que ce changement organique européen serait un terreau fertile à la naissance de cet intérêt général à l'échelle de l'Union. Il semble en tout cas nécessaire d'associer les citoyens européens au dessein de cet intérêt général pour s'assurer de sa légitimité.

2. *Légitimité verticale et participation citoyenne*

Comme en dispose l'article 3 de la Constitution de 1958, « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». Si les représentants de la Nation discutent de la définition de l'intérêt général grâce au mandat qui

⁴³² « La loi fondamentale allemande met en place le système des trois listes : les deux premières sont relatives à la compétence exclusive du Bund (art. 71 et 73) et des Länder (art. 70) ; la dernière concerne la compétence concurrente entre eux (art. 72 et 74). En l'espèce, les Länder peuvent intervenir tant que la fédération ne fait pas usage de son pouvoir. » J. GICQUEL, J-E GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30 éd, LGDJ, 2016, p96.

⁴³³ L. GUIHÉRY, *Economie du fédéralisme : Quelle constitution pour l'Europe ?*, L'Harmattan, 2001, p112

⁴³⁴ À titre d'exemple, l'économiste Eloi Laurent dépeint la situation suivante : « Le Parlement européen est bien entendu le lieu par excellence de l'intérêt général européen, la seule instance à mettre en prise directe les citoyens et l'Europe. Mais si on y débat beaucoup, on n'y décide peu et on n'y tranche pas. Le Conseil, qui réunit les États membres, représente assurément l'institution de l'Union où le cœur du gouvernement représentatif bat le plus fort. Mais c'est une assemblée de démocraties plus qu'une assemblée démocratique. La Commission européenne est explicitement chargée par les traités de défendre l'intérêt général européen, sa protection contre sa lâcheté ou la paresse des gouvernements nationaux. Mais son important pouvoir est inversement proportionnel à sa légitimité. » E. LAURENT, *L'intérêt général dans l'Union européenne. Du fédéralisme doctrinal aux biens publics européens ?*, *Regards croisés sur l'économie*, vol. 2, no. 2, 2007, pp. 27-33.

leur a été confié, il ne faut pas oublier les différents mécanismes de démocratie directe qui ne doivent pas disparaître et enlever la discussion au peuple.

Pour avoir une véritable légitimation d'un nouveau et premier intérêt général européen, qui pourrait bouleverser le secteur public, donc l'économie et les structures des emplois, le service universel ne peut pas s'appuyer que sur des choix institutionnels. Les citoyens européens, destinataires de ces changements, pourraient avoir leur place dans le processus de définition de cet intérêt général, grâce à « *l'adoption d'une démarche pragmatique* » et « *le décloisonnement des processus décisionnels.* »⁴³⁵

Repenser l'action publique est sans doute liée au fait de réfléchir à une nouvelle place du citoyen en Europe. Popularité et légitimité des mesures ne seront effectives qu'à la condition d'obtenir un assentiment des Européens. Dans une certaine mesure, l'Union a compris cet enjeu. Quelques tentatives ont eu lieu, comme avec le développement de l'initiative citoyenne européenne⁴³⁶, censée endiguer les « *critiques continues de déficit démocratique.* »⁴³⁷ Ce modèle de souveraineté directe et de consultation populaire pourrait permettre une association avec les États et l'Europe dans la définition de l'action publique pour garantir cette légitimité sur le continent.⁴³⁸

Le positionnement du service universel au cœur d'un intérêt général européen serait peut-être un élément de résolution de la crise de la politique publique sociale minant l'Europe. Il pourrait apporter les garanties qu'attendent les parties : un mécanisme de marché effectif tout en n'écartant aucun citoyen de la jouissance de ces services. Évidemment, pour être de qualité suffisante, le service universel doit avoir l'ambition de structurer l'intérêt général et donc d'évoluer à la fois matériellement et temporellement. A ce rôle de possible instrument

⁴³⁵ R. MEHDI, Intérêt général et droit de l'Union Européenne, *Réflexions cursives sur une notion « indéfinissable », in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, op.cit.*, p357

⁴³⁶ Selon le Règlement (UE) n°211/2011 du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 relatif à l'initiative citoyenne, JO L 65 du 11.3.2011, p. 1, article 1 l' « Initiative citoyenne » est une initiative présentée à la Commission conformément au présent règlement, invitant la Commission à soumettre, dans le cadre de ses attributions, une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles des citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application des traités, et ayant recueilli le soutien d'au moins un million de signataires admissibles provenant d'au moins un quart de l'ensemble des États membres;

⁴³⁷ R. KIES et P. NANZ (dir.), *Les nouvelles voix de l'Europe, Analyse des consultations citoyennes*, Larcier, 2014, p248

⁴³⁸ P. BAUBY, H. COING et A. DE TOLEDO (dir.), *Les services publics en Europe. Pour une régulation démocratique*, Paris, Publisud, 2007.

d'équilibre de politique économique publique en Europe, il sera maintenant envisagé qu'il soit le moyen de parvenir à un équilibre de cohésion territoriale de l'Union.

Section II : L'équilibre entre ambition et pertinence

« *Les désagréments occasionnés aux usagers par la disparition de centres d'accueil du public (...) sont bien plus importants en zone rurale qu'à la ville.* »⁴³⁹ Le sujet de la disparition des services publics de proximité semble être d'une actualité constante en France. Notamment à la campagne, la fermeture d'une école ou d'une gare ne fait souvent que renforcer un sentiment d'isolement et d'abandon de l'État. Inévitablement, un cercle vicieux s'installe : l'exode rural ne peut être que renforcé si les familles n'ont plus accès à des services aussi fondamentaux qu'indispensables.

Pour l'État, l'opération s'avère compliquée. Conscient de ces problématiques, il ne peut pour autant maintenir éternellement le maillage territorial. Des mutations s'opèrent : l'intérêt général évolue mais aussi, et peut-être surtout, les moyens financiers changent. Dans cette situation, la position des pouvoirs publics est délicate : concilier cet ensemble d'intérêts pour choisir une voie optimisée pour les services publics.

Dans ce contexte, la définition du service universel pourrait guérir certains maux. En garantissant radicalement mais clairement un accès à un secteur du service public, l'instrument européen pourrait guérir un mal français. Ce cadre juridique de la continuité spatiale, qui semble réclamé par les citoyens français, est peut-être déjà créé avec ce service universel (1§). Cela ne fait pas pour autant disparaître les autres contraintes qui doivent guider le maillage sur un territoire pertinent (2§).

1§ L'ambition d'un cadre juridique de la continuité spatiale

La disparition des services publics en milieu rural est sans doute liée à plusieurs facteurs, évalués par les pouvoirs publics, appréciant la nécessité du maintien de ces services ou non. Une plus grande sécurité de cette présence en campagne pourrait exister si un cadre juridique protecteur atténuait ce problème. Il semble en tout cas qu'il y ait aujourd'hui une demande à ce sujet (A), à laquelle un certain nombre de réponses, dont le service universel, sont apportées (B).

⁴³⁹ Question écrite n° 14778 de M. Yves Krattinger (Haute-Saône - SOC) publiée dans le JO Sénat du 25/11/2004 - page 2663

A Les demandes de garantie de continuité spatiale

1. Le constat d'une désertification des services publics

La désertification des services publics en milieu rural est un thème ancien et récurrent d'insatisfaction des habitants des milieux où la densité de population est faible.⁴⁴⁰ Ces services sont souvent essentiels et le fait qu'ils quittent une portion du territoire oblige souvent les personnes vivant dans ces dernières à se déplacer, plus ou moins loin, et les conséquences de ces déplacements ne sont pas anodins. Les secteurs touchés sont divers et variés et touchent au quotidien des familles : l'éloignement des établissements scolaires⁴⁴¹, financiers⁴⁴² ou encore de santé⁴⁴³...

Régulièrement, les parlementaires donnent l'alerte dans les hémicycles concernant les situations parfois chaotiques que connaissent leurs circonscriptions. « *L'inquiétude des habitants et des élus locaux* » est parfois de mise lorsqu'une trésorerie de Dordogne ferme dans le cadre d'un plan de restructuration.⁴⁴⁴ Parfois, un sentiment d'indignation prédomine, notamment lorsqu'un député décrit la situation où « *les femmes des vallées, sur un territoire immense où vivent tout de même 60 000 personnes, se voient porter leur enfant à 2h30 de la maternité la plus proche (...) Les femmes vivant dans la sous-préfecture d'Oloron se trouvent à plus d'une heure de la maternité de Pau, sur une route qui n'ose dire ni son nom ni son état.* »⁴⁴⁵ Les exemples ne se limitent pas aux circonscriptions rurales. Des députés élus en zone

⁴⁴⁰ Yves Madiot souligne que « Les rapports entre service public et aménagement du territoire remontent au milieu des années 1960 et furent, d'abord, conflictuels. (...) Ce mouvement, qui fut enclenché au nom des exigences d'efficacité et de rentabilité de l'action administrative, a démarré vers 1965 et a touché tous les grands services publics nationaux. » Y. MADIOT, Service public et aménagement du territoire, AJDA, 1997, p83, *op. cit.*

⁴⁴¹ A titre d'exemple, une parlementaire souligne : « Année après année, la liste des écoles rurales entrant dans le champ d'études pour un retrait d'emploi à la prochaine rentrée s'allonge, quand celle des ouvertures se contracte. (...) nos territoires ruraux et de montagne vivent de manière très cruelle les effets de seuil à l'origine de fermetures de classes. » Question orale n° 0611S de Mme Sylvie Vermeillet, publiée dans le JO Sénat du 31 janvier 2019, p.489

⁴⁴² « Depuis 2009, en France, la Direction générale des finances publiques a comptabilisé 352 fermetures de trésoreries. Le syndicat Solidaires finances publiques, lui, en a recensé 448. » La Croix, 11 août 2015

⁴⁴³ Par exemple, « Edouard Philippe indiquait que le dernier des cinq grands chantiers annoncés consistera à « repenser l'organisation territoriale des soins » (...) on ne doit pas organiser de la même façon les soins de proximité et les soins de recours. (...) Le Premier Ministre a été plus direct dans son discours, en faisant part de son intention d'« approfondir la démarche des groupements hospitaliers de territoire. » Banque des territoires, Jean-Noël Escudé, 5 mars 2018, <https://www.banquedesterritoires.fr/les-fermetures-de-petits-hopitaux-reviennent-sur-le-devant-de-la-scene>

⁴⁴⁴ Question écrite, n°978, Philippe Chassaing

⁴⁴⁵ Question orale sans débat, n°297, Jean Lassalle

plus urbaines dressent des constats tout aussi alarmants. En 2017, le Président de la République concéda cette réalité problématique dans les zones pourtant urbanisées en affirmant que « *le socle premier, la base, c'est de redonner ce que Simone Weil appelait l'effectivité des droits des citoyens dans les quartiers, quand on n'a plus accès à une bibliothèque publique, quand on n'a plus de bureau de Poste dans son quartier, quand l'école n'est plus au rendez-vous, la République ne peut pas être exigeante avec les enfants des quartiers qui y vivent. (...) On doit rétablir ce socle minimal qui a parfois été abandonné.* »⁴⁴⁶

Il peut être étonnant devant ces velléités de constater que le droit n'apporte pas forcément de réponse claire à ces inquiétudes. Le cadre juridique protégeant les services publics de proximité semble bien perméable, ce qui explique ces différentes conséquences.

2. Une réponse juridique fragile à la demande de continuité spatiale

Le législateur n'a pas fait la sourde oreille devant ces différentes réclamations de continuité spatiale. En revanche, la question se pose de savoir si la riposte du droit ne manque pas d'ambition devant l'ampleur du phénomène d'exode rural du service public.

Les principales réponses ne sont pas forcément contraignantes pour le maintien du service public au local. Les grandes lignes des réformes concernent surtout véritablement l'amont de la décision de suppression du service public et de son organisation, à savoir, d'une part, constituer des schémas stratégiques de maillage du territoire afin de permettre l'accessibilité optimale des services à la population et, d'autre part, une plus grande concertation des élus locaux qui se sentaient exclus de la discussion et des projets de réorganisation⁴⁴⁷. C'est à ce titre qu'« *une commission départementale d'organisation et de modernisation des services publics* »⁴⁴⁸ présente « *les dispositions de nature à améliorer l'organisation et la présence sur le territoire des services publics qui relèvent de la compétence respective de l'État et du département.* »⁴⁴⁹. Pour optimiser la présence des services publics et, de fait, éviter leur

⁴⁴⁶ Transcription du discours du Président de la République sur le thème politique de la ville, 14 novembre 2017

⁴⁴⁷ « Le manque de concertation et de coordination sur l'organisation des services publics dans les territoires a fait l'objet de nombreuses critiques, les élus ayant l'impression d'être mis devant le fait accompli et de ne pas être consultés. » J.D DREYFUS, Présence des services publics dans les territoires ruraux : l'émergence d'une « loi » de proximité, AJDA 2005, p1274

⁴⁴⁸ Décret n°2006-1410 du 21 novembre 2006 relatif à la commission départementale d'organisation et de modernisation des services publics

⁴⁴⁹ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire

suppression, l'ordonnance du 23 septembre 2015⁴⁵⁰ modifiant l'article 2 de la loi du 4 février 1995⁴⁵¹ précise toute une liste de schémas de services⁴⁵² qui doivent notamment permettre à l'État d'apporter « *un soutien des territoires en difficulté, notamment les territoires ruraux en déclin, certains territoires de montagne, les territoires urbains déstructurés ou très dégradés cumulant des handicaps économiques et sociaux* » étant, selon le texte de la loi, chargé d'assurer « *la présence et l'organisation des services publics, sur l'ensemble du territoire, dans le respect de l'égal accès de tous à ces services, en vue de favoriser l'emploi, l'activité économique et la solidarité et de répondre à l'évolution des besoins des usagers, notamment dans les domaines de la santé, de l'éducation, de la culture, du sport, de l'information et des télécommunications, de l'énergie, des transports, de l'environnement, de l'eau.* » La loi du 23 février 2005⁴⁵³ apporte également une pierre à l'édifice de la concertation et du schéma de pré-suppression des services publics, en associant de manière toujours plus prépondérante préfets et élus dans la consultation et la réorganisation des services publics.⁴⁵⁴

Stratégies et concertations en amont sont donc les voies privilégiées de l'État pour la réflexion autour des services publics. Il est vrai que les personnes publiques ne se lient pas trop, de manière contraignante, au maintien d'un service d'intérêt général sur une localisation. Pour cause, cela est contraire au droit des services publics interne établissant notamment l'absence de droit acquis au maintien d'un service public. Le cadre législatif est donc assez logiquement souple, s'il peut être considéré que « *l'autorité publique compétente pour supprimer un service public donné est, quant à l'appréciation de cette suppression, dans une situation de pouvoir discrétionnaire et non dans une situation de compétence liée.* »⁴⁵⁵ Alors certes, outre le cadre de concertation précédemment évoqué, la suppression du service public est également soumise au respect du parallélisme des formes, l'autorité de suppression ne pouvant être hiérarchiquement inférieure à l'autorité créatrice. Mais cet état de droit est également à nuancer, cette situation n'existant que rarement étant donné que le service public ne se voit pas souvent

⁴⁵⁰ Ordonnance n°2015-1174 du 23 septembre 2015

⁴⁵¹ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire

⁴⁵² Le schéma de services collectifs de l'enseignement supérieur et de la recherche ; le schéma de services collectifs culturels ; le schéma de services collectifs sanitaires ; le schéma de services collectifs de l'information et de la communication ; le schéma de services collectifs de l'énergie ; le schéma de services collectifs des espaces naturels et ruraux ; le schéma de services collectifs du sport.

⁴⁵³ Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux

⁴⁵⁴ « Le préfet de département, en concertation avec l'ensemble des acteurs concernés, propose et, sous réserve de leur accord, initie toute action visant à garantir que l'offre d'accès aux services publics est adaptée aux caractéristiques des territoires, concourt à leur attractivité et au maintien de leurs équilibres. » « Concrètement, le législateur impose au préfet de recueillir l'avis des collectivités concernées sous forme d'une concertation préalable. » M. TREMEUR, Lamy collectivités territoriales, n°4, 1^{er}, 2005.

⁴⁵⁵ J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, p653, *op. cit.*

totalemment supprimé.⁴⁵⁶ La jurisprudence confirme cette absence de droit acquis au maintien du service.⁴⁵⁷

Enfin, il faut également prêter attention à ne pas tomber dans la confusion, l'amalgame ou l'erreur de vocabulaire. Parfois la confusion est faite, alors qu'il y aurait trois situations à distinguer : « *la transformation d'un service administratif en service industriel et commercial (régime à prédominance de droit privé), le passage d'une gestion en régie directe par une personne publique à une gestion déléguée à une personne privée délégataire (changement du mode de gestion en faveur d'une gestion privée) et la suppression proprement dite du service.* »⁴⁵⁸ Aussi, ce qui parfois est appelé suppression, n'est finalement concrètement que le déplacement ou l'éloignement du service de l'utilisateur.⁴⁵⁹

Devant ces difficultés pour la cohésion territoriale en France, suscitant les réactions des citoyens et des représentants en demande de garanties, le droit apporte une réponse encore bien frêle. La continuité spatiale devient un sujet non plus seulement récurrent, mais majeur des politiques d'aménagement du territoire. Certaines propositions à caractère législatif dont l'objet serait de répondre à ce problème se montrent plus ou moins ambitieuses et précises. Dans tous les cas, le service universel apporte clairement une réponse à cette problématique.

B Les propositions de garantie du principe de continuité spatiale

1. Les réflexions et propositions des parlementaires de garantie de la continuité spatiale

Sans forcément obtenir de traduction législative, un certain nombre de parlementaires s'interrogent et formulent des propositions d'aménagement du cadre législatif de la continuité spatiale des services publics. Certains textes proposés, mais aussi les rapports qui ont pu être établis corroborent le sentiment de délaissement des zones rurales par le service public en

⁴⁵⁶ Par exemple, la protection de la santé est assurée par la Nation selon le préambule de 1946, mais la fermeture d'un hôpital n'appelle pas révision constitutionnelle

⁴⁵⁷ Pour une application aux SPA : CE, 27 janvier 1961, Vannier et pour les SPIC : CE, 11 décembre 1963, Syndicat de défense en vue du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eyguraude

⁴⁵⁸ Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz

⁴⁵⁹ J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, p653, *op. cit.*

France. Le rapport d'information au Sénat sur « *L'avenir de nos campagnes*⁴⁶⁰ » témoigne à la fois d'une situation de crise, d'une inquiétude sur les conséquences et de plusieurs idées qui pourraient endiguer la tendance.

La situation de crise est dépeinte notamment sur le plan de la santé, où les termes de « *déserts médicaux* » ne surprennent plus. Plusieurs éléments sont avancés dans le rapport, notamment « *le problème du nombre insuffisant de pharmacies en milieu rural.* » Le rapport se montre particulièrement virulent devant ce phénomène : « *la formation de déserts médicaux, paradoxale dans un pays comme la France qui dispose d'un nombre globalement suffisant de médecins et consacre une fraction considérable de sa richesse aux dépenses de santé, a des répercussions inacceptables en termes d'égalité d'accès à la santé.* » L'établissement de ce rapport a notamment pour ambition de susciter l'inquiétude sur les conséquences de ce recul des services publics en milieu rural. Ne niant pas les « *contraintes budgétaires s'exerçant à tous les niveaux des administrations publiques* », le rapport explique tout de même que l'exode des services publics entrainerait naturellement avec lui celui des habitants.⁴⁶¹ Le rapport préconise donc de sauvegarder autant que faire se peut les services publics de proximité. D'une part, en évaluant la nécessité de la suppression voire en relocalisant, en réfléchissant à long terme⁴⁶², d'autre part, en étudiant les possibilités de mutualisation et de mise en commun des services, considérée comme « *initiatives particulièrement adaptées au milieu rural* ». ⁴⁶³

La proposition de loi qui semble la plus ambitieuse dans la protection des services publics de proximité est sans doute celle relative au « *bouclier rural* ». ⁴⁶⁴ Le rapport apporte une certaine vision du service public, attaché à des valeurs, où « *l'interprétation constante du juge*

⁴⁶⁰ Enregistré à la Présidence du Sénat le 22 janvier 2013, Rapport d'information n°271 fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective (1) sur l'avenir des campagnes, Par Mme Renée NICOUX et M. Gérard BAILLY, Sénateurs.

⁴⁶¹ « Qu'il s'agisse de l'administration territoriale de l'Etat, de la santé, de la petite enfance, de l'éducation, de la gendarmerie, de la justice, de La Poste, de Pôle emploi ou encore d'équipements sportifs, la question d'un accès aisé à ces services et commodités se pose immanquablement dans les décisions d'installation de particuliers dont le degré d'exigence, à cet égard, tend à s'uniformiser, qu'ils résident en ville ou à la campagne. » Rapport d'information n°271 fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective (1) sur l'avenir des campagnes, *op. cit.*

⁴⁶² Le rapport préconise de « ne pas fermer d'école dès qu'une hausse suffisante des effectifs est prévisible ; susciter plus d'ambition scolaire en milieu rural ; relocaliser certains temps de formation en milieu rural ; favoriser l'implantation d'antennes universitaires dans les zones rurales.

⁴⁶³ « Privilégier toujours la logique de mutualisation (de guichets, de sites, de réseaux) par rapport à la logique de concentration, sans a priori sur les combinaisons imaginables (entre services publics, ou avec des entreprises privées ou des commerces). » « Pour assurer la proximité et l'accessibilité des services publics, les collectivités devront rechercher « toutes les formules de mutualisation, de regroupement (...) ou de dématérialisation des relations avec les gestionnaires de service public ou au public. »

⁴⁶⁴ Rapport n°3245 fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur la proposition de loi, pour l'instauration d'un bouclier rural au service des territoires d'avenir, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 mars 2011.

administratif consistant à affirmer que des situations différentes peuvent être traitées de manière différente ne doit pas conduire à priver les citoyens habitant des zones rurales, moins accessibles et moins peuplées, où le maintien du service public est moins rentable, du même accès aux services publics que les citoyens vivant dans des zones à forte densité démographique » et où « la recherche d'une rationalisation toujours plus grande des services publics peut paraître, au moins dans une certaine mesure, contradictoire avec le principe d'égalité, dans sa dimension de proximité. En effet, le maintien des services publics de proximité, même dans les zones où ils sont le moins rentables économiquement, fait partie intégrante de la politique d'aménagement du territoire. »

La grande originalité de cette proposition de loi était de protéger, comme son nom de « *bouclier rural* » le laissait deviner, les zones rurales d'une désertification des services publics. Pour ce faire, la méthode envisagée était celle d'un socle, dont le critère était à la fois simple et précis : un temps d'accès maximal à un service donné.⁴⁶⁵ Ainsi, concrètement, plusieurs secteurs se retrouveraient protégés de la désertification. Celui des soins, avec la prescription d'« *un service de médecine générale à 20 minutes maximum de trajet automobile, dans les conditions de circulation de territoire concerné et, dans les mêmes conditions, à un service d'urgence à 30 minutes maximum et à une maternité à 45 minutes maximum.* » Il en va de même pour le secteur de l'éducation, garantissant « *aux élèves un temps d'accès maximum à l'école élémentaire et primaire de 20 minutes de trajet automobile individuel, dans les conditions de circulation du territoire concerné* » ainsi que « *l'accès à un établissement d'enseignement secondaire ne disposant pas d'un internat ne peut excéder 25 minutes dans les mêmes conditions.* » Enfin, l'alinéa 5 de la proposition de loi transposait « *au service public de l'emploi le dispositif mis en œuvre pour les domaines sanitaires et éducatifs* » en imposant, « *à moins de 30 minutes de trajet automobile, dans les conditions de circulation du territoire concerné, un lieu d'accueil et d'information relatif à l'emploi et à la formation.* »

Cette proposition de loi visait à offrir non plus seulement « *l'égal accès* » mais « *l'égal accessibilité* » des usagers au service public. Devant l'arsenal de mesures proposées au fil des ans et précédemment analysés pour protéger les services publics, le bouclier rural avait le mérite d'être clair et ambitieux et d'apporter un « *socle de proximité* », ce qui n'est pas sans rappeler

⁴⁶⁵ « *Nous avons privilégié la variable du temps de trajet plutôt que celle de la distance par rapport à un service public* ». Rapport Ibid.

le principe du service universel. Ce bouclier rural n'a pas reçu l'assentiment nécessaire des parlementaires et la proposition de loi fut rejetée.⁴⁶⁶

La suppression des services publics de proximité pose donc toujours problème aujourd'hui, notamment du fait que le cadre normatif adéquat ne semble pas trouvé. Le service universel semble pouvoir apporter une valeur ajoutée à la continuité spatiale, grâce à la notion de socle qu'il intègre.

2. *La proposition de garantie de continuité spatiale par le service universel*

Dans son Livre blanc sur les services d'intérêt général, la Commission européenne tend à faire du service universel, au moins dans sa définition, un élément de cohésion territoriale. À ce titre, il « *est une notion clé que la Communauté a développée pour assurer l'accessibilité effective des services essentiels. Il instaure le droit de chacun à avoir accès à certains services jugés essentiels et impose aux prestataires de services l'obligation de proposer des services définis à des conditions spécifiées, parmi lesquelles une couverture territoriale complète et un prix abordable.* »⁴⁶⁷

Conçu alors comme une sorte de socle de service d'intérêt général, le service universel induit intrinsèquement, par sa définition, une accessibilité totale. Il répondrait donc logiquement à la problématique de la continuité spatiale. Alors qu'à première vue, l'Europe pensait peut-être à assurer une cohésion dans l'accessibilité à certains services simplement et uniquement entre les nations qui la composent⁴⁶⁸, les tergiversations législatives en droit interne concernant la continuité spatiale du service public pourraient trouver une ligne directrice grâce à cette notion.

Cette solution semble toutefois ne relever pour l'instant que de la prospective. En effet, la faible extension matérielle du service universel en Europe le cantonne à des secteurs bien spécifiques des SIEG. Or, il est régulièrement constaté, et le rapport sur le bouclier rural en témoigne, que les SPA sont souvent ceux dont les usagers souffrent et regrettent la disparition.⁴⁶⁹ La question

⁴⁶⁶ Sur les réactions des parlementaires justifiant le rejet, il est possible de noter par exemple l'argument de « *la vision uniforme du territoire français, alors que sa caractéristique essentielle est sa diversité* » ou encore l'absence de « *d'évaluation budgétaire des mesures proposées.* »

⁴⁶⁷ COM(2004) 374 final, Livre blanc sur les services d'intérêt général, *op. cit.*

⁴⁶⁸ En affirmant que « dans le cadre de ses politiques structurelles, la Communauté contribue à prévenir l'exclusion des groupes sociaux ou régions vulnérables de l'accès aux services essentiels », le terme région est assez vague pour laisser le doute sur l'intention du législateur européen.

⁴⁶⁹ Les propositions et rapports législatifs précédents concernant l'école, les hôpitaux ou les services de placement dans l'emploi en témoignent.

qui pourrait alors se poser est la suivante : le service universel, s'il s'étendait matériellement à de nouveaux secteurs, serait-il susceptible d'inclure des SPA ? Il semble qu'à la différence des SIEG pour lesquels le service universel apporte une protection, les services publics administratifs ne sont pas consommables, il pourrait néanmoins être dégagé un critère qui indiquerait si l'accessibilité est effective. En ce sens, le bouclier rural proposé semblait, avec le critère du temps de trajet, être capable de distinguer les SPA accessibles de ceux qui ne le sont pas.

La demande de garantie de continuité spatiale, qui serait une sorte de protection contre la fermeture des services publics de proximité, trouverait donc par définition une réponse avec le service universel. Il faut néanmoins réfléchir à la question de la soutenabilité de ce nouvel édifice, notamment financière, et ainsi trouver une échelle pertinente correspondant au périmètre de présence de ces services.

2§ La pertinence du cadre juridique de la continuité spatiale

Réfléchir à une échelle pertinente de la continuité spatiale revient à se poser la question de ce qui est acceptable et donc soutenable. Le cadre juridique doit à la fois couvrir le territoire, notamment rural, de manière satisfaisante, sans pour autant créer des projets démesurés, dont le coût serait disproportionné face à l'intérêt général auquel il est censé répondre.

A Des structures à échelle pertinente

1. *La recherche permanente d'une structure pertinente*

Encore une fois, tout est question d'équilibre et d'efficacité pour l'administration. Comme souvent dans le débat de l'utilisation des deniers publics et de la satisfaction de l'utilisateur, le placement du curseur de l'acceptable sera l'objet de négociations et de débats. La continuité spatiale n'échappe pas à la règle et chaque localisation de service public fait l'objet d'ardents débats. Si juridiquement, il est vrai qu'il n'existe pas de droit acquis au maintien du service, il n'en demeure pas moins que la lutte politique pour leur maintien est une constante.

L'expression de « *maillage territorial* » faisant référence à la proximité et à la solidarité semble toujours mériter son appellation mais ne faudrait-il pas constater que les liens du maillage se distendent ? La suppression des localisations de services publics, le plus souvent non-détachable de la problématique de gestion des finances publiques, oblige à se poser la question.

Activité d'intérêt général, le service public perdrait tout son sens s'il ne se concentrait que sur des zones rentables.⁴⁷⁰ Cependant, activité nécessitant tout de même un financement public, elle deviendrait insoutenable financièrement sans aucune réflexion budgétaire. Cette problématique conduit nécessairement les pouvoirs publics à réfléchir, notamment par l'intermédiaire de l'ensemble de schémas, à la pertinence des localisations de service public. À ce titre, le législateur multiplie les initiatives pour concilier ces intérêts de proximité et de soutenabilité.

La première des questions que se posent les pouvoirs publics est sans doute celle de la nécessité de la structure en elle-même. En effet, la dématérialisation offre parfois une alternative à l'accueil du public. Elle constitue aujourd'hui une piste largement utilisée par l'Administration. À titre d'exemple, la déclaration des revenus imposables qui va servir à la détermination de l'assiette se fait désormais uniquement par voie électronique.⁴⁷¹ L'utilisation des outils numériques permet à des services de faire des économies lorsque l'intervention d'un agent se révèle finalement peu utile eu égard à la tâche demandée, qui pourrait se faire pour l'utilisateur de manière autonome. L'autre avantage de la dématérialisation est qu'elle ne remet pas en cause, dans une certaine mesure, l'accessibilité de l'utilisateur. Le service ne s'éloignerait finalement pas, comme avec une fermeture de classe ; il serait simplement dématérialisé.

Néanmoins certains avis tempèrent cette prétendue accessibilité des utilisateurs. À plusieurs reprises, le Défenseur des droits a souligné que cette dématérialisation n'était pas sans conséquences pour un certain nombre d'utilisateurs subissant une sorte de fracture numérique. C'est à ce titre que, dans son rapport de 2019, sont présentés sept axes visant à pallier les difficultés engendrées par ce nouveau mode de fonctionnement des services publics. Les recommandations visent notamment à « *conserver toujours plusieurs modalités d'accès aux services publics ; prendre en compte les difficultés pour les utilisateurs ; repérer et accompagner les personnes en difficulté avec le numérique ; améliorer et simplifier les démarches dématérialisées pour les utilisateurs ; former les accompagnateurs* » ainsi que « *prendre en*

⁴⁷⁰ Ce que retient notamment le juge européen dans l'arrêt *Corbeau*.

⁴⁷¹ Article 1649 quater B et s. Code général des impôts, Mémento pratique Francis Lefèbvre, Fiscal 18, 3675, 95

compte les publics spécifiques. »⁴⁷² Parmi les publics les plus sensibles à cette fracture numérique, certains auteurs souhaitent mettre en lumière la problématique des étrangers, considérant que « *le bilan de la dématérialisation des procédures en droit des étrangers s'avère décevant si l'on veut bien considérer le faible nombre d'actes concernés par des facilités électroniques et le poids des contraintes qui accompagnent des réformes pensées par l'administration dans son intérêt presque exclusif* », ajoutant que « *le paradoxe n'est, en définitive, pas mince : le droit au guichet, loin de la téléprocédure, s'affirme comme une garantie centrale en droit des étrangers. Il permet en effet au candidat au séjour d'exposer ses arguments et d'en établir la pertinence par la production de justificatifs.* »⁴⁷³

La disparition de la structure physique vers la dématérialisation est aujourd'hui une méthode répandue, lorsque cela est possible, pour apporter une solution à l'échelle pertinente de la continuité spatiale. Néanmoins, évidemment, cette solution n'est pas la panacée, quantité de services publics ne pouvant être dématérialisés. En effet, il est difficile d'imaginer une telle solution pour une école ou un hôpital.

Dans ces cas-là, la question de la disparition de la structure physique ne peut pas se poser dans les mêmes termes. Il s'agit, concernant ces entités difficilement dématérialisables, de les placer sur le territoire de manière cohérente afin de permettre l'accès de l'utilisateur, tout en cherchant une échelle satisfaisante, notamment pour les finances publiques. Les réflexions du législateur ont trouvé partiellement une réponse avec la création des maisons de service au public, devenues Maisons France Service. Défini par lui comme ayant pour « *objet d'améliorer l'accessibilité et la qualité des services, en milieu rural et urbain, pour tous les publics, elles peuvent rassembler des services publics relevant de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs groupements, d'organismes nationaux ou locaux chargés d'une mission de service public ainsi que les services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population.* »⁴⁷⁴

Concrètement, en rassemblant un certain nombre de services publics en un lieu précis, cela

⁴⁷² Parmi les mesures remettant en cause une dématérialisation totale, il y a notamment l'adoption d'« une disposition législative au sein du code des relations entre les usagers et l'administration imposant de préserver plusieurs modalités d'accès aux services publics pour qu'aucune démarche administrative ne soit accessible uniquement par voie dématérialisée ; prévoir des exceptions juridiques aux obligations de paiement dématérialisé imposées par la réglementation, et que soit garanti, quelle que soit la procédure dématérialisée, l'existence d'une autre modalité de paiement que celles liées à la possession d'un compte bancaire. » Rapport du Défenseur des Droits, Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics, 2019 *Note* M-C DE MONTECLER, La dématérialisation des services publics doit préserver les droits des usagers, 18 janvier 2019, Dalloz actualité

⁴⁷³ V. TCHEN, Les ambiguïtés de la dématérialisation en droit des étrangers, *Ecole nationale d'administration*, « *Revue française d'administration publique* », 2013/2 N° 146, 393 et s.

⁴⁷⁴ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, modifié par Loi n°2016-1888 du 28 décembre 2016

conduirait à faire des économies qui permettraient le maintien de ces services dans des zones de faible affluence. Pour les habitants de ces zones désertifiées par le service public, ce système permet « *d'assurer l'égal accès de tous les citoyens au service public.* » Cette maison France Services ne serait donc pas une « *simple juxtaposition de services, mais une réponse de qualité au besoin de proximité.* »⁴⁷⁵ Initialement de compétence communale, la gestion de ces maisons de services au public peut désormais se faire au niveau de l'EPCI depuis la loi NOTRe⁴⁷⁶ dans le cadre de ses compétences optionnelles⁴⁷⁷, ce qui démontre également que ce possible transfert de compétence fait de nouveau réfléchir à la pertinence de la localisation du service. La maison France Service est encore aujourd'hui considérée par le gouvernement comme la réponse adéquate au problème d'offre de services publics en territoire désertifié.⁴⁷⁸

L'utilisateur réclame toujours cette continuité spatiale du fait de ces solutions insatisfaisantes et partielles. Le droit français, lui, essaie de se rapprocher d'une cohésion territoriale. Encore une fois, le service universel semble pouvoir clarifier les choses.

2. *La place du service universel dans la cohésion territoriale*

Égalité d'accès au service public mise à mal et collectivités démunies, les questions de maillage territorial ne sont pas résolues avec la législation actuelle. Cette préoccupation conduit à la création d'une nouvelle institution, l'Agence nationale de la cohésion des territoires. Annoncée par le Président de la République en juillet 2017 et faisant l'objet d'une proposition de loi du Sénat⁴⁷⁹, « *son action cible prioritairement les territoires caractérisés par des difficultés en matière démographique, économique ou d'accès aux services publics.* »⁴⁸⁰ « *Constatant que le principe d'égalité entre toutes les collectivités et leurs habitants peine à se concrétiser dans de nombreux territoires fragiles, ruraux aussi bien qu'urbains, les auteurs de cette proposition de loi souhaitent créer une structure dont la vocation serait d'accompagner les collectivités ayant de faibles moyens d'ingénierie, devant faire face à la grande complexité des procédures, accrue*

⁴⁷⁵ Juristourisme, Tourisme et Droit 2005, n°65, p29, concernant les maisons de services au public

⁴⁷⁶ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, publié au JORF n°0182 du 8 août 2015 page 13705

⁴⁷⁷ Codifié à l'article 27-2 CGCT

⁴⁷⁸ Ainsi dans la question écrite précitée n°978 de M. le député Philippe Chassaing, le gouvernement répond notamment que « aujourd'hui, 1200 Maisons de services au public sont ouvertes sur l'ensemble du territoire, portées par des collectivités, des associations ou le groupe La Poste. (...) Avant de poursuivre leur déploiement, le ministère de la cohésion des territoires souhaite connaître les ambitions exprimées dans le cadre des schémas par les acteurs locaux (...) »

⁴⁷⁹ Enregistré à la Présidence du Sénat le 2 octobre 2018

⁴⁸⁰ Article 1 Proposition de loi

par la multiplicité des intervenants et des opérateurs. » Accompagner et renforcer la cohésion territoriale semble des missions qui ne peuvent se détacher de la présence des services publics sur l'ensemble du territoire.

Paradoxalement, si le droit français peine à trouver une solution satisfaisante concernant un cadre territorial pour le service public, le droit européen pourrait apporter, avec le service universel, une garantie de proximité. Ce tâtonnement concernant la pertinence de l'emplacement territorial du service public pourrait peut-être disparaître avec le service universel, qui serait sans doute nettement plus clair avec un critère objectif défini. Ce dernier pourrait être, comme ce qui avait proposé pour le bouclier rural, le temps d'accès au service. Cela aurait le mérite de totalement respecter un principe d'égalité qui semble tant faire défaut au regard de la recherche permanente d'équilibre du législateur français. Évidemment, cela ne mettrait pas un terme au débat sur l'échelle de cette pertinence, qui est sans doute l'exigence la plus contraignante du service universel. Difficile structurellement et financièrement d'imaginer des obligations de service universel qui imposeraient un aéroport dans chaque commune. Mais un temps d'accès « raisonnable » - mot dont les contours devraient être définis par les législateurs français ou européens – emporterait la garantie d'une égalité, d'une clarté et peut-être *a fortiori* d'une cohésion territoriale tant recherchée.

Cette tentative permanente de définition d'une échelle qui exclut le moins tout en étant « raisonnable » n'est pas détachable d'une recherche *sine qua non* de financement optimal de l'intérêt général.

B Des finances à échelle pertinente

1. Rationaliser la dépense du service public

Les rapports inquiétants de la Cour des comptes concernant la gestion de la dépense publique en France n'ont désormais plus rien d'inhabituel. « *Les perspectives de finances publiques pour 2019 témoignent de la fragilité du redressement opéré à ce jour. Les mesures d'urgence visant à répondre à la crise sociale ont ainsi suffi à porter la prévision de déficit public au-dessus du seuil de 3 points de PIB. Elles conduisent le Gouvernement à ne prévoir aucun progrès depuis 2017 vers l'équilibre structurel, alors même que la moitié des pays de la zone euro y sont déjà*

revenus. »⁴⁸¹ Les critiques fusent sur la dépense publique et logiquement, la présence des services publics en pâtit. Depuis plusieurs années, le droit français impose aux collectivités de revoir leur carte des services publics. Si la rationalisation organique des collectivités n'est pas détachable d'objectifs d'économies d'échelles, elle est nécessairement suivie d'une rationalisation fonctionnelle de ses actions.

Aujourd'hui, l'action publique au niveau local se réfléchit et s'exécute à plusieurs, avec des recherches constantes de mutualisation des services. La naissance des intercommunalités est clairement liée à cette problématique.⁴⁸² La rationalisation des localisations de service public fait écho à cette nécessaire refonte des dépenses structurelles de l'action publique. En effet, pour satisfaire les objectifs de maîtrise des dépenses, l'État et les collectivités sont désormais plus attentifs à la nécessité de la dépense, et considèrent que certains services peuvent être gérés au niveau d'un EPCI, sans à avoir à être dupliqués dans chaque commune. Mais là encore, les problématiques d'intérêt général et d'accessibilité de l'utilisateur imposent de trouver cette présence pertinente. Dans un rapport parlementaire consacré à « *la mutualisation des moyens dans le cadre intercommunal* », les sénateurs auteurs du texte refusent de voir dans la mutualisation un simple instrument de rationalisation des dépenses : « *Dans son "bilan d'étape de l'intercommunalité en France"* » publié en 2005, la Cour des comptes écrivait : « *le développement de l'intercommunalité à fiscalité propre n'a pas provoqué les économies d'échelle que l'on pouvait en attendre. Et pour cause : ce constat sous forme de regret correspond à une vision purement arithmétique qui n'est pas celle de nombreux promoteurs de l'intercommunalité.* »⁴⁸³ Intercommunalité et mutualisation auraient donc certes l'objectif de rationalisation des structures et donc de la dépense, tout en maintenant un service public dans des communes qui ne pourraient finalement, sans cette solution, plus se le permettre.⁴⁸⁴

La mutualisation et les gestions intercommunales ont aujourd'hui largement été utilisées comme méthode mettant en perspective dépenses publiques et service public. La loi

⁴⁸¹ Cour des comptes, Rapport annuel public de 2019, Observations, Synthèse, 11.

⁴⁸² « Opposer intercommunalité et mutualisation constitue une sorte de non-sens sous bien des aspects : conceptuellement, compte tenu des objectifs identiques ou complémentaires poursuivis par chacune ; juridiquement, puisque le législateur n'envisage guère l'une sans l'autre (...) ; au regard des réalités du terrain, puisque mutualisation et intercommunalité se heurtent souvent aux mêmes obstacles, aux mêmes hésitations et aux mêmes contraintes. » La mutualisation des moyens dans le cadre intercommunal (rapport de MM. Yves Détraigne et Jacques Mézard du 25 mai 2010)

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ « Un autre objectif est fréquemment assigné, souvent même à titre prioritaire, à l'intercommunalité et à la mutualisation : réduire les dépenses publiques en permettant des économies d'échelle et en évitant des doublons. Ce n'est pas dans cette optique que s'inscrivent vos rapporteurs. Selon eux, intercommunalité et mutualisation doivent certes contribuer à éviter les doublons, mais elles ne sauraient pour autant être mises au service d'une logique purement comptable. »

MAPTAM⁴⁸⁵ encourage cette stratégie à l'aide de bonus financiers en fonction du coefficient de mutualisation⁴⁸⁶. Les compétences des EPCI ne cessent de s'étendre, notamment la loi NOTRe.⁴⁸⁷

Nécessairement, rationalisation et mutualisation ne peuvent se réaliser sans des suppressions de localisations. Si bien que cette recherche de l'échelle financière pertinente se conjugue avec une atteinte à la continuité spatiale des services publics. Pour certains auteurs, cette conséquence est logique, mais en faisant preuve de pédagogie et en prêtant attention au respect des principes du service public, elle n'est pas forcément mauvaise. « *Cette volonté de faire des économies et de rationaliser les moyens ne doit pas être systématiquement combattue. Dans le cadre d'une bonne gestion des deniers publics, il appartient à toute autorité, politique ou administrative, de toujours rechercher la meilleure utilisation de l'argent public* » ; Cependant, « *la mutualisation ne doit pas porter atteinte aux principes du service public (mutabilité, continuité, égalité...) ni remettre en cause ces principes. En principe, la mutualisation porte sur la forme de gestion du service et non sur le service public lui-même.* »⁴⁸⁸

Il n'en reste pas moins qu'étant donné les réactions des usagers et des parlementaires, cette rationalisation ne semble pas acceptable en termes de continuité spatiale et de présence locale des services publics. Or, étant donné les comptes publics et les différents rapports de la haute juridiction financière, le chemin à parcourir dans la rationalisation semble loin d'être achevé. Ces différentes recherches d'optimisation des structures et des finances ne conviennent ni à l'usager, ni à la Cour des comptes. Si le service universel venait à se développer, cette considération financière serait toujours de premier ordre.

2. Définir la dépense d'un service universel couvrant les SNEIG

Le service universel doit assurer une totale accessibilité pour les usagers et cette exigence est indéniablement un frein au développement matériel de la notion. Si aujourd'hui les

⁴⁸⁵ LOI n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles

⁴⁸⁶ S. BRACONNIER, Les différentes formes de coopération entre un EPCI à fiscalité propre et ses communes membres, Contrats et Marchés publics, Mars 2015, 3.

⁴⁸⁷ À titre d'exemple « Ainsi, les communautés de communes et d'agglomération, s'agissant de leurs compétences obligatoires, se voient dotées de deux nouveaux champs d'intervention. Il s'agit des compétences « aménagement, entretien et gestion des aires d'accueil des gens du voyage » et « collecte et traitement des déchets des ménages et déchets assimilés. »

⁴⁸⁸ V. GABORIAU, La mutualisation dans les services publics, nouvel enjeu de coopération, RDSS 2012, p45

financements pour les secteurs couverts par le service universel sont multiples mais « assumables » par les financeurs – qui sont parfois les opérateurs privés du secteur concerné⁴⁸⁹ – il en irait autrement si le service universel était cette fois étendu aux SNEIG. Dans les domaines où la gestion est publique, du fait du caractère non-économique, tels que l'éducation ou les trésoreries, le financement public serait directement impacté.

Une extension du service universel à ce qui est appelé en droit français les SPA est, certes, la garantie de la cohésion territoriale et de l'égalité, mais la fixation du temps d'accès à la structure comme prévu par le « *bouclier rural* » sera l'élément déterminant de l'ambition et du coût du service. Or, ce travail d'estimation des coûts doit être réalisé afin d'y trouver un compromis. Cette absence d'estimation avait été une des principales remarques faites à la proposition de loi du « *bouclier rural* ».⁴⁹⁰

Néanmoins, ambitieuse ou non selon la volonté d'un éventuel rédacteur de texte, l'extension du service universel permettrait de concilier très clairement accès et financement, beaucoup plus qu'avec la mutualisation. Cette dernière méthode fait certes reculer les dépenses publiques tout en essayant de s'ajuster au mieux pour conserver une accessibilité aux usagers, mais n'assure pas l'égalité de ces derniers, puisque cet accès aux services publics variera d'une collectivité à l'autre. Le service universel, lui, intègre pleinement cette égalité. Autrement dit, aujourd'hui, une mutualisation de trésorerie publique dans des zones urbanisées comme la Provence ou à faible densité comme l'ex-Limousin n'entraînera pas les mêmes conséquences pour les habitants. Or, un service universel qui imposerait un accès à une trésorerie à moins de trente minutes de trajet entraînerait quoi qu'il arrive cette égalité. Donc qu'une couverture ambitieuse (et donc coûteuse) ou non soit envisagée, il y aurait au moins un élément de clarté dans la politique publique et d'accès aux services publics, notamment en milieu rural.

Enfin, comme la doctrine le rappelle parfois, « *le premier point de vigilance est le service public. Nous entendons parler d'économies d'échelle, de rationalisation, de réduction du nombre de fonctionnaires, mais n'oublions pas que la mission des administrations (État, collectivités territoriales, établissements publics de santé...) est particulière et qu'il est difficile, voire impossible, de transposer toutes les règles applicables aux structures privées et à la gestion des services publics. Cessons de faire croire que le libéralisme puisse régir, dans tous les cas, les services publics. Sans être un opposant systématique aux valeurs du libéralisme, il*

⁴⁸⁹ Voir infra, Partie II Titre I Chapitre II

⁴⁹⁰ Il ressort des débats un certain nombre de réactions, telle que la suivante : « Ce texte ne comporte aucun chiffrage, aucune évaluation budgétaire des mesures proposées. »

faut admettre qu'il existe des spécificités des services publics. Ainsi, envisager une mutualisation dans les services publics ne peut pas s'envisager de la même manière qu'une mutualisation au sein d'une entreprise privée. »⁴⁹¹

CONCLUSION CHAPITRE II

L'aspect protecteur du service universel n'est effectivement que « potentiel ». Différentes problématiques sont posées constamment en termes de service public, comme l'articulation entre intérêt général, concurrence et satisfaction des lois de Rolland. Ici, potentiellement, le service universel peut guérir ce mal, en offrant, dans le cadre de la libéralisation, un certain nombre d'exigences de qualité et d'accessibilité.

Tout autant, la problématique de la continuité spatiale peut être en partie corrigée grâce au service universel. Pour permettre une accessibilité à des services, il faut la garantir et malgré une inflation normative, cette dernière n'a jamais été résolue. L'accessibilité qu'offre le service universel ne doit pas s'arrêter à un nombre de SIEG déterminés mais peut aussi s'étendre à des SNEIG comme un établissement d'enseignement. S'inspirant du bouclier rural et du service universel de la Poste, il est possible de garantir une distance physique entre service et usager, ce qui permettrait notamment de régler les défauts inhérents à la mutualisation et à la dématérialisation, en garantissant très clairement l'accessibilité du service.

CONCLUSION TITRE II

Des corrections sont à apporter au service public (ou au service d'intérêt général) qui reste à parfaire. Parmi les points à soulever, la question de la désertification et de la mise en concurrence reste prégnante et cause des conséquences très visibles pour l'utilisateur. Le service universel pourrait, au prix de son exploitation complète, être un élément de résolution important de ces problématiques. Il faut pour cela profiter de la souplesse de la notion, qui permet à la fois une extension matérielle, c'est-à-dire à d'autres secteurs, ainsi qu'une extension temporelle caractérisée par l'assurance de sa pérennité et de sa mise à jour.

⁴⁹¹ V. GABORIAU, La mutualisation dans les services publics, nouvel enjeu de coopération, RDSS 2012, p45

CONCLUSION PARTIE I

Le service universel est une arme puissante à laquelle personne n'a confié de munitions. Il pourrait pourtant corriger bon nombre de difficultés du service public si les moyens lui en étaient donnés.

Instauré dans un contexte de mise en concurrence, tout comme lors de sa première évocation aux États-Unis, il devait tendre un filet de sécurité pour tous les usagers qui se retrouveraient exclus géographiquement ou socialement du service. Utilisé au maximum de son potentiel, ce filet de sécurité peut devenir un véritable socle solide de service public pour tous les usagers. Il pourrait ainsi assurer un maillage territorial fort grâce à sa vocation d'accessibilité.

Mais le service universel ne dispose effectivement pas des moyens de cette ambition. Il est tout d'abord freiné de manière externe par une politique de gestion des deniers publics intransigeante, comme le démontrent les règles budgétaires de Maastricht ou la pratique du New Management Public. Il est ensuite freiné lui-même, de manière plus interne, par le peu d'intérêt qui lui est porté. Très peu de secteurs sont concernés, l'aspect évolutif est mal cerné et le principe de subsidiarité n'encourage pas les États à le développer.

Pour qu'aujourd'hui le service universel soit au cœur d'une politique d'accessibilité des services d'intérêt général renouvelée, il faudra nécessairement proposer une évolution des secteurs auxquels il s'applique et une évolution temporelle ambitieuse, à la hauteur de la valeur de la cohésion sociale envisagée.

Partie II : Le service universel au cœur d'un nouveau système hybride

Intégrer une notion telle que le service universel, développé et usant de tout le potentiel qu'il détient, nécessite d'analyser ses interactions avec le droit positif. La notion de service universel peut être au cœur d'un nouvel équilibre entre un système concurrentiel mis au point en Europe et l'identification du service public au secteur public en France. Ce nouveau système serait hybride et pourrait concilier les avantages de l'un et de l'autre. Dans un système désormais soumis à concurrence, le service universel concilierait les deux approches. Partant, la transparence du marché serait accentuée et de nouvelles garanties seraient donc offertes à l'utilisateur (Titre I). Les ambitions nourries pour l'utilisateur peuvent être encore plus grandes concernant sa protection. Au-delà de la transparence, les principes guidant le service public et le citoyen de manière générale sont renforcés. Le service universel est, non seulement compatible, mais complémentaire avec les lois de Rolland, et renforce une cohésion sociale européenne qui cherche encore sa place (Titre II).

Titre I : Complémentarité du service universel et du système de financement et de régulation

La physionomie du marché de ce qui constituait auparavant le secteur public en France se retrouve au cœur d'une profonde mutation. Le droit public économique est en effet remanié sous l'influence de l'Europe et des traités qui demandent autant que faire se peut le démantèlement des monopoles et la mise en concurrence au sein des SIEG.

Le système français change donc profondément, avec tout d'abord l'obligation d'un marché ouvert à la concurrence. Ce devrait être dans ce cadre que le service universel pourrait s'épanouir. Il permettrait de trouver le réel équilibre de l'efficacité entre obligations de service public ou universel et mise en concurrence de l'ex-secteur public. Aujourd'hui ce n'est pas véritablement encore le cas puisque l'État conserve des stratagèmes de maintien de son influence (Chapitre I). Néanmoins, de très grands progrès ont été réalisés en termes de transparence où le service universel exige précision des financements des obligations et renouvellement des institutions (Chapitre II).

Depuis l'Acte unique européen, le schéma français de réalisation des objectifs de service public a largement été mis en cause. Il est possible de dégager plusieurs facteurs, mais deux semblent particulièrement importants : la contraction des finances publiques, sous l'effet conjugué des différents déficits et dettes et, de manière non négligeable, la création du marché unique dans l'Union européenne.

Il ne faut sans doute pas se laisser aller à des caricatures, insinuant que l'Union fossoie l'intérêt général ou que la France n'a pas eu de conscience budgétaire. Il faut néanmoins constater deux démarches intellectuelles différentes, dont finalement aucune n'est totalement satisfaisante. Il y a, d'un côté, la croyance européenne que la concurrence dans toutes les activités, même d'intérêt général, sera vectrice de bienfaits pour le consommateur. De l'autre, le point de vue français qui a souvent bâti sa réflexion dans le cadre d'un système verticalement intégré de monopole public. Dans chacune de ces situations, aucune des deux organisations ne s'est désintéressée, n'a manqué de vigilance par rapport à l'intérêt général des usagers. En revanche, malgré ces deux grandes formes de vigilance qui se sont traduites par différentes législations, cela n'a pas empêché que les organisations ou les territoires pâtissent de ces mesures : soit un système opaque, dont la qualité de la gestion a parfois conduit à des déficits financiers ou des retards technologiques, ce qui est reproché au système français (Section I), soit un système concurrentiel qui n'apporterait pas les garanties d'égalité d'accès et de coût attendu de ces activités d'intérêt général, ce qui est reproché au système européen. Aujourd'hui, la France se retrouve plutôt dans un système hybride, dans lequel elle concède la mise en concurrence mais dans lequel l'État maintient des instruments qui ne semblent pas correspondre à la libéralisation souhaitée : peuvent être listés en ce sens le maintien de tarifs réglementés notamment dans le cadre de l'électricité, le maintien du statut d'EPIC qui permet de garder dans le giron du secteur public un certain nombre d'entreprises mais qui confère une garantie étatique peu adéquate avec le principe de concurrence ou encore de véritables privatisations comme la Française des Jeux mais qui reste sous le joug d'un contrôle étroit de l'État.

À toutes ces questions, le service universel semble être un chemin trop peu exploré, alors qu'il semble porter intrinsèquement plusieurs réponses. Lorsque le service public garantit un certain nombre d'obligations qui permettent de protéger l'utilisateur mais se confond avec un secteur public dans un montage qui n'est plus véritablement permis par l'Europe, le service universel se retrouve comme un moyen de concilier les exigences de garanties pour l'utilisateur grâce aux

obligations de service universel, tout en maintenant un secteur libéralisé qui serait gage de plus grande efficacité à l'inverse de ce que garantissait le secteur public. (Section II).

Section I : Le système traditionnel français, faussement rassurant

L'idée que des services soient détenus par des capitaux privés et donc livrés à la simple loi du marché inquiète. En effet, l'actionnaire se soucierait d'abord de ses capitaux et délaisserait de ce fait les secteurs qui ne seraient pas rentables. Sans obligation de service public, aucun opérateur n'accepterait d'aller distribuer le courrier en Creuse ou en Lozère plutôt qu'en Ile-de-France. La vigilance de la France pour protéger les territoires et les usagers s'est souvent traduite par la constitution d'un monopole public, ce qui permettait d'empêcher toute forme de concurrence sur un secteur d'intérêt général. Les territoires étaient protégés grâce aux subventions croisées : les branches rentables voyaient leurs prix monter artificiellement pour permettre aux non-rentables des tarifs acceptables (1§). Ce système peut néanmoins être qualifié de faussement rassurant. Il n'est pas exempt de tous reproches, non seulement en termes d'opacité, mais également en termes d'efficacité (2§).

1§ Une stratégie d'accessibilité classique pour l'utilisateur

Le secteur public en France tend à se distinguer par une histoire particulière qui a conduit à le développer et à avoir une influence déterminante dans la politique juridico-économique du pays (A). De ces particularités est né un système qui a longtemps permis à la France, parfois de manière originale au regard des autres pays, de construire son propre modèle de service public (B).

A Le poids trop important du secteur public en France

1. D'un secteur public identifiable à un secteur public identifiant

S'il est possible d'expliquer pourquoi une entreprise donnée fait partie du secteur public, cela semble ne pouvoir se faire qu'au cas par cas. Il est encore aujourd'hui difficile d'expliquer ce qu'englobe le secteur public de manière générale en France. Il n'y a pas réellement d'éléments

qui vont nécessairement conduire tel opérateur à intégrer le secteur public.⁴⁹² Pour cause, ce secteur est avant tout le fait d'évolutions historiques et de plusieurs facteurs qui vont expliquer l'hétérogénéité et la complexité de ce qu'il est aujourd'hui. Il ne fut finalement jamais évident, dans l'histoire juridico-économique française, de tirer des conclusions générales sur la composition du secteur public, mais tous ceux qui ont observé les différents mouvements constatent des périodes de flux et de reflux concernant la taille de ce secteur, au gré des idéologies et des événements mondiaux.

Néanmoins, ce qui reste identifiable est le fait que le secteur public français est tout à fait différent de celui des autres pays, et même de ses voisins européens. Il a longtemps semblé plus important et plus large, car l'État lui-même était plus interventionniste que dans d'autres pays. Si la construction et les mutations européennes des dernières décennies rapprochent la politique macroéconomique des États membres, un retour historique sur le secteur public français permet de comprendre et de saisir les mécontentements sur les doctrines européenne et française le concernant.

Plusieurs auteurs font remonter l'interventionnisme étatique moderne en France à l'Ancien Régime et aux manufactures royales.⁴⁹³ La réflexion débutera ici dans une histoire plus récente afin de mieux saisir les enjeux contemporains du secteur public et de ses influences sur le service public.

Deux grandes causes peuvent expliquer le fait que le secteur public ait prospéré en France : la première est celle d'un État très souvent interventionniste du fait de son pragmatisme, la seconde est celle de positions mûes et renforcées par des positions idéologiques et pragmatiques.

Le pragmatisme de l'État - Sans doute à la faveur du pragmatisme et de la stratégie s'explique un certain nombre de nationalisations. Plusieurs exemples peuvent être donnés : ainsi les

⁴⁹² Hormis des prescriptions constitutionnelles qui restent néanmoins peu contraignantes, voir infra.

⁴⁹³ « Ainsi en France, le secteur public s'est construit en trois grandes étapes : lente et historique, la première a créé des services et les Manufactures royales d'Etat ; à partir de la Première guerre mondiale, la deuxième a cherché à organiser l'économie ; après 1981, la troisième a un but politique. » M. REFAIT, *Le secteur public en France*, PUF, 1997, p8 ou encore « Sans remonter à l'Ancien Régime, qui voit se développer en France les premières entreprises publiques, la nationalisation dans la période moderne est naturellement liée à la notion de Nation telle qu'exprimée par la Révolution française. A partir de 1790, celle-ci précède à la nationalisation des biens du clergé et des nobles immigrés. L'approche mêle à la fois représailles et principe égalitaire de la suppression des privilèges. » B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, 2éd., 2004, p274.

domaines de l'énergie⁴⁹⁴, du transport⁴⁹⁵ et des télécommunications⁴⁹⁶ pourraient être cités en tant qu'activités connaissant l'égide étatique pour des raisons de contrôle et de maîtrise de ces appareils, mais aussi, ce qui semble presque inconcevable aujourd'hui, pour une question d'efficacité ! La réunion sous la tutelle étatique de ces entreprises de réseaux permettait d'accroître son influence. Et d'autres secteurs d'activité voyaient arriver l'intervention de l'État : en termes de crédit et d'assurance⁴⁹⁷ afin de donner une impulsion et une protection à l'économie ou encore une aide pour les infrastructures de transports⁴⁹⁸ afin de les développer.

L'idéologie politique - Les influences idéologiques naissant au début du XX^{ème} siècle sont également indéniablement une cause de cette émancipation du secteur public, dont l'explication ne peut se restreindre au simple pragmatisme de l'État⁴⁹⁹ mais s'étend aussi aux théories socialisantes du début du siècle.⁵⁰⁰ Les nationalisations engagées par la gauche au début des années 80 semblent marquées par cette influence idéologique.⁵⁰¹

⁴⁹⁴ « En 1928, afin de s'assurer la sécurité d'approvisionnement, l'Etat français obtient le monopole de l'importation du pétrole. La loi délègue le transport, le raffinage et la commercialisation aux sociétés pétrolières sous des contraintes strictes de plans d'approvisionnement, de réserves, de fournitures des services publics, de participation à des contrats d'intérêt national » ou encore « propriétaire des Houilles, l'Etat crée GDF et EDF (Gaz de France et Electricité de France) le 8 avril 1946. Il nationalise 550 usines à gaz de houille et 65 gisements gaziers, 300 centrales hydrauliques et 1150 sociétés de distribution d'électricité (...) A partir de 1946, EDF finance, avec la Compagnie nationale du Rhône, la construction de barrages hydrauliques sur le fleuve et sur ses affluents. Elle entreprend de développer son réseau de distribution. En janvier 1956, la première centrale nucléaire est inaugurée à Marcoule. » M. REFAIT, *Le secteur public en France*, PUF, 1997, *op. cit.* P.26 et P.37

⁴⁹⁵ « En 1933, Air France naît de la fusion de plusieurs petites compagnies aériennes, trop dispersées pour être rentables. » « En 1945, l'Etat contrôle les transports ferroviaires en France (51% de la SNCF) et les armements maritimes reliant l'Amérique (Compagnie générale transatlantique). Il subventionne les lignes aériennes, qui restent privées. Le 26 mai, il décide donc de nationaliser la compagnie Air France ». *Ibid*, p27 et s.

⁴⁹⁶ « En 1945, toutes les chaînes privées sont nationalisées. Les étrangères sont autorisées à diffuser mais sous le contrôle du Conseil des Ministres (...) Il détient aussi le monopole des Postes et des Téléphones. Maintenant, il peut agir sur l'ensemble des communications. » *Ibid*, p30.

⁴⁹⁷ « Outre le contrôle des transports et des communications, entre 1944 et 1946, l'Etat prend celui du crédit, des assurances et de l'énergie. Le crédit est rare, méconnu, adossé à la propriété. Alors que l'argent fait défaut, il faut reconstruire le pays et les besoins sont innombrables. »

⁴⁹⁸ « Pour favoriser les transports, l'Etat développe l'infrastructure aéroportuaire et la construction aéronautique. Implanté pendant la Première Guerre Mondiale, l'aéroport du Bourget devient insuffisant ; plusieurs pistes d'atterrissage existent dans la région parisienne (Saint-Cyr, Guyancourt, Toussus-le-Noble...). Pour les gérer, l'Etat les regroupe dans l'aéroport de Paris. Cet EPIC crée Orly en 1961 et Roissy en 1974. Il possède maintenant trois aérodromes internationaux et onze secondaires. » *Ibid*, p30 et s.

⁴⁹⁹ Comme l'affirment Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi qui expliquent « qu'il serait abusif de réduire la théorie du service public à une solution circonstancielle, dictée par les nécessités de la reconstruction dans un contexte d'économie dirigée et planifiée. Son identité est davantage ancrée dans une philosophie républicaine, porteuse d'une conception solidaire du lien social. » G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI « Le service public à la française » : une notion en extinction *in* Les services publics, Cahiers français, la Documentation française, n°339, juillet-août 2007, p3.

⁵⁰⁰ La France a, comme beaucoup de pays à l'époque, prêté attention à l'expérience socialiste de l'URSS au début du XX^{ème} siècle. M. REFAIT, *op. cit.*, p23

⁵⁰¹ « Le Programme commun de la Gauche définit les orientations que les trois partis – communiste, socialiste, radicaux de gauche – proposent aux électeurs pour pouvoir gouverner ensemble. (...) ce programme propose la nationalisation complète de neuf secteurs industriels que les partis signataires considèrent comme vitaux : aviation, pharmacie, chimie, acier, téléphones, électricité, pétrole, informatique, crédit. » *Ibid*, p35.

Ces deux causes identifiables - le pragmatisme et l'idéologie des politiques – conduisant à l'émergence du secteur public en France se sont notamment développées à la suite de la guerre et de la pauvreté. Ainsi, ce qui relève du pragmatisme pourrait tout aussi bien être perçu comme de la stratégie faisant suite à la Première Guerre Mondiale. Les nationalisations étaient le moyen de protéger certaines industries en cas de crise. Le secteur public pouvait donc aussi s'apparenter à une forme de sécurisation du fait de la propriété de l'État. Il est également possible de parler de sécurité et de protection pour les plus pauvres qui pouvaient espérer, à travers ces entreprises nationales, voir un rééquilibrage de la société.

Le secteur public en France a donc connu un environnement propice à son expansion. De plus, les résultats de la gestion étatique ont, au milieu du vingtième siècle, conforté l'idée que la tutelle de l'État était une bonne chose. Un certain nombre de secteurs ont connu des résultats intéressants, tels qu'EDF⁵⁰² ou la SNCF⁵⁰³, avec le développement du TGV.

Il est alors plus facile de comprendre ce qui a pu créer cette effervescence autour du développement du secteur public en France. Un certain nombre de facteurs expliquant sa naissance, des éléments socioéconomiques le poussant à s'étendre et un bilan favorable justifiant cette stratégie. La réussite poussa donc à étendre à d'autres activités le secteur public français qui prit une forme tout à fait singulière dans le paysage européen. Salim Ziani démontra toute l'hétérogénéité de ce secteur public : de l'eau aux services funéraires en passant par la loterie⁵⁰⁴, caractérisant une sorte d' « âge d'or » du secteur public.⁵⁰⁵

⁵⁰² Voir supra

⁵⁰³ « Dès les années 1950, les trains français sont les plus fiables, les plus rapides, les moins chers du monde. » M. REFAIT, *op. cit.*, p30 et s.

⁵⁰⁴ « Il permettra de donner naissance comme de soigner, par tous les temps, n'importe où et n'importe quand ; il évitera le labeur de la source, de la fontaine ou du lavoir en menant l'eau potable dans les domiciles ; il éduquera les enfants, les adolescents et les adultes sans distinction ; il mettra à l'œuvre des élites formées dans les Universités et les grandes écoles qui appartiendront aux grands corps de l'Etat, tout comme il sollicitera les travailleurs des classes ouvrières ou moyennes, parfois pour en assurer la promotion sociale ; il sera la traduction d'une garantie apportée aux plus démunis, tout comme il sera l'étendard de la modernité française ; il justifiera pour partie la mise en place de régimes de retraites « spéciaux » pour des personnes qui se sont évertuées à le mettre en œuvre ; il donnera naissance sur le plan local, par le biais de la concession, à des sociétés commerciales ou des sociétés d'économie mixte qui deviendront d'envergure internationale et qui seront très vite spécialisées dans des secteurs de pointe ; il sera ostensiblement visible sur tout le territoire et permettra la cohésion sociale et territoriale ; il transportera tout le monde sans grande interruption, à un tarif uniforme, sur tous les points du territoire ; il indiquera quel temps il fera les jours à venir ; il réchauffera et éclairera et cela même au plus vite en cas de tempête ; il informera à l'intérieur comme à l'extérieur des frontières ; il accompagnera les français dans certains de leurs loisirs culturels ou sportifs, même jusque dans leurs jeux d'argent ; le service public permettra d'accompagner *in fine* les défunts vers l'éternel. » S. ZIANI, Du service public à l'obligation de service public, LGDJ, 2015, p42 et s.

⁵⁰⁵ « Qu'il s'agisse des services publics économiques ou à vocation sociale, éducative ou culturelle, on peut évoquer un "âge d'or", faisant ainsi écho à l' "âge d'or du capitalisme" qui caractériserait les années 1945-1973. » C. DEMAZIERE, Les services publics face aux mutations économiques et sociales : Trente ans de réorientation

Au fil des années, s'il fut compliqué d'identifier un secteur public homogène en France, il a pu être constaté qu'il y avait néanmoins une identification de l'État et de ses citoyens à ce secteur public. Les Français y étaient attachés et le pays était identifié en Europe pour le côté atypique de son interventionnisme, où beaucoup d'États avaient opté pour des mises en concurrence sur de plus nombreux secteurs.⁵⁰⁶

Quelques temps après, face à un certain nombre d'éléments perturbateurs, la France a connu une crise de son interventionnisme. La tutelle étatique a été remise en cause, d'une part par ses résultats qui se dégradent à la fin du XX^{ème} siècle, et où la gestion publique a vite été critiquée, et d'autre part par la politique européenne.⁵⁰⁷ Les critiques des idéologies libérales se succèdent et font de la gestion publique le coupable de la crise économique. La solution serait donc, cette fois-ci, de réduire la taille du secteur public.⁵⁰⁸

Sous l'influence de ces échecs et de la remise en cause de l'interventionnisme des libéraux nationaux et européens, le secteur public français a connu de profondes transformations. Il a aujourd'hui nettement reculé, mais n'a pas pour autant disparu. L'État continue de gérer, avec parfois une baisse de sa participation actionnariale, plusieurs secteurs. Le poids de l'histoire, des événements, fait que la physionomie actuelle des participations de l'État⁵⁰⁹ garde ses spécificités tout en se rapprochant des injonctions européennes. L'APE gérait, en 2018, 81 entreprises ou participations publiques valorisées à environ 80 milliards d'euros.⁵¹⁰

de l'action de l'Etat : l'impact sur les services publics, *in* Les services publics, Cahiers français, la Documentation française, n°339, juillet-août 2007, p26-27.

⁵⁰⁶ Le rapport Denoix de Saint Marc explique qu' « historiquement, c'est l'administration démocrate du président Carter qui a introduit les premières réformes en ce sens, dans les années 70. Divers pays industriels ont suivi, chacun adaptant les méthodes à son cadre juridique et à sa tradition du service public. Certains ont limité l'ampleur des réformes. D'autres sont allés très loin, au nom de considérations parfois politiques ou idéologiques, comme le Royaume-Uni. »

⁵⁰⁷ Sur ces deux points, voir *infra*

⁵⁰⁸ « La maîtrise des secteurs concernés aurait pu être obtenue avec une majorité simple qui aurait été moins coûteuse que l'appropriation complète. Sans stratégie industrielle définie, le choix des groupes apparaît discriminatoire. L'extension aux filiales ne correspond pas aux critères annoncés. L'assèchement du marché monétaire par les déficits et les emprunts de la collectivité, renchérit le crédit et réduit la capacité d'investissement des autres firmes. Face aux monopoles publics subventionnés, les entreprises privées se trouvent défavorisées. » M. REFAIT, *op. cit.*, p47

⁵⁰⁹ Gérée par l'Agence des participations de l'Etat, créée par le Décret n°2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'Etat.

⁵¹⁰ Droit public économique, Chronique J-C VIDELIN (dir.), La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 18-19, 6 Mai 2019, 2127

2. D'une définition française perméable à ses mutations contemporaines

Entre histoire, fluctuations et polémiques, beaucoup de propos ont été tenus sur le secteur public en France. Il est sans doute nécessaire de revenir au préalable sur ce que contient le secteur public afin d'éviter tout amalgame ou confusion.

Selon le Professeur Sophie Nicinski, « *le secteur public est traditionnellement composé d'opérateurs publics [...] Un opérateur public se définit comme une structure bénéficiant d'une autonomie, ayant une activité économique et soumise à l'influence prépondérante d'une personne publique.* »⁵¹¹ Ainsi, plus que la définition de secteur public qui n'est en fait que le contenant, la définition qui est importante est celle d'opérateur public, le contenu, et qui répond à trois éléments constitutifs : une autonomie, une activité économique et le critère de l'influence publique.

Comme souvent en droit, interprétation et jurisprudence viennent détailler des critères aux contours trop flous. En ce qui concerne ces opérateurs publics, une divergence de vision naît entre définitions française et européenne, puisque la première exclut beaucoup plus d'organisations que la seconde. En effet, en ce qui concerne le premier critère, celui de l'autonomie, le droit français va s'attacher à la nécessité d'une personnalité morale, élément indifférent pour le droit européen.⁵¹² Sur le deuxième critère, concernant la nécessité d'une activité économique, outre les exclusions classiques des activités régaliennes ou sociales⁵¹³ (qui viennent sans doute encore expliquer l'exclusion des activités non-économiques du service universel alors que les besoins de la population ne font pas forcément la distinction), il reste encore un terrain de divergence concernant certaines activités. C'est l'analyse de certains auteurs et notamment du Professeur Nicinski suite à la décision du Conseil d'État *Commune d'Aix-en-Provence*⁵¹⁴ : « *D'une manière générale, les exclusions françaises sont plus larges que celles qui sont admises en droit communautaire, ce qui n'ira pas sans poser quelques difficultés [...] Le droit français paraît exclure du domaine économique les activités sociales, culturelles et artistiques de manière beaucoup plus générale que le droit communautaire. Plus particulièrement, les associations qui interviennent dans ces domaines bénéficient d'une large*

⁵¹¹ S. NICINSKI, Droit public des affaires, Domat, 6^{ème} éd., p322

⁵¹² CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser c/ Macrotron GmbH, aff. C-41/90

⁵¹³ Pour les activités régaliennes CJCE, 19 janvier 1994, SAT Flugesellschaft mbH contre Eurocontrol, Affaire C-364/92 et pour les activités sociales CJCE, 17 février 1993, Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, Affaires jointes C-159/91 et C-160/91

⁵¹⁴ CE, sect. 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, JCP A 2007, n°2111, note M. Karpenschif et n°2125, note F. Linditch, AJDA 2007, p1020, chron. Lenica et Boucher, p1153

immunité ce qui est contestable au regard du droit communautaire. »⁵¹⁵ Ces deux critères, auxquels il faut ajouter l'influence publique dont la substance est notamment clarifiée par la réforme de 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique⁵¹⁶, témoignent de la plus grande souplesse européenne concernant l'intégration d'opérateurs dans le secteur public.

Devant ces divergences, le *statu quo* aurait pu être envisagé. Les États et l'Europe auraient eu leur propre définition sur la question, et chacun aurait respecté la position de l'autre. Il s'agit même de ce que laisse sous-entendre le TFUE lorsqu'il énonce que « *Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres.* »⁵¹⁷ Pourtant cette double définition ne pouvait pas rester sans conséquence juridique, et beaucoup d'auteurs ont souligné l'incitation, pas toujours implicite, à la modification des statuts ou de la propriété. Il a ainsi été souligné que « *la mise en œuvre des règles du droit de l'Union, en particulier les autres règles liées à la protection de l'égalité concurrence, conduit en pratique à une forte incitation en faveur des statuts juridiques de droit privé et parfois même en faveur d'une privatisation des capitaux.* »⁵¹⁸

La considération européenne pour le secteur public va donc, malgré les dispositions du TFUE, faire varier les positions françaises et obliger l'État à se rapprocher de la conception du droit de l'Union. Ces influences sont notamment mises en lumière par le Professeur Stéphane Braconnier qui explique, par exemple, que « *lorsque la Commission autorise une aide d'État à une entreprise publique, elle tend à s'assurer que cette aide sera la dernière et va souvent conditionner, même non officiellement, l'autorisation à la privatisation ultérieure de l'entreprise bénéficiaire [...]. A l'inverse, lorsque la Commission est appelée à apprécier des prises de participation publiques dans les sociétés privées, elle se montre très vigilante, voire réticente.* »⁵¹⁹

Cette non remise en cause directe du statut des entreprises publiques par le TFUE, combinée avec ce qui est tout de même une incitation européenne sous-jacente, conduit à une mutation du secteur public tel que connu aujourd'hui en France. Ce que recouvre le secteur public en France, notamment ses caractéristiques hétérogènes et larges qui l'identifiaient, s'estompe en

⁵¹⁵ S. NICINSKI, Droit public des affaires, *op. cit.*, p331.

⁵¹⁶ Ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique

⁵¹⁷ Art. 345 TFUE

⁵¹⁸ J-P COLSON, P. IDOUX, Droit public économique, 9^{ème} édition, LGDJ, p235

⁵¹⁹ S. BRACONNIER, Droit public de l'économie, 2^{ème} éd., PUF, p275

conséquence avec le temps sous l'influence européenne qui modifie, doucement mais sûrement, sa composition. Faut-il pour autant dire que la France a perdu sa singularité concernant son secteur public ? Il ne faut sans doute pas céder à la dramaturgie ou à un ton trop péremptoire d'un droit européen cherchant à remettre en cause l'identité française. Il est vrai que cette spécificité du secteur public français n'est finalement pas consacrée constitutionnellement. Les services publics n'appartiennent pas consubstantiellement au secteur public, en tout cas le Conseil constitutionnel ne semble pas les protéger outre mesure, puisque la jurisprudence n'indique pas aujourd'hui d'activités non privatisables. L'alinéa 9 du préambule de 1946 serait sans doute la norme la plus susceptible de protéger l'intrusion des intérêts privés dans la sphère économique publique, en disposant que « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.* » Il faut cependant tempérer la portée de cette disposition, puisque d'une part, rien n'interdit à « *l'État de déléguer, unilatéralement ou par contrat, la gestion dudit service à un tiers privé, sauf si la nature du service ou de la loi y font obstacle.* »⁵²⁰ D'autre part, il n'y a pas d'exemple jurisprudentiel de service public constitutionnel, cet alinéa n'ayant toujours servi qu'à prouver le contraire.⁵²¹ Le débat est assurément relancé en France concernant ce secteur public à la fragilité pointée du doigt par la proposition de référendum d'initiative populaire relative à la privatisation d'Aéroports de Paris. Le Conseil constitutionnel a une nouvelle fois rejeté la qualification de monopole de fait de la société au motif qu'il existe d'autres aéroports sur le territoire français.⁵²²

La position française reste, malgré ces différentes mutations, singulière en Europe. Sans doute que le terme utilisé par Bernard Stirn de « *moteur de la cohésion sociale* » concernant le service public n'est pas étranger à cette stratégie d'utilisation du secteur public. Les nationalisations ont souvent été pensées par l'État comme le mécanisme juridique permettant de protéger l'usager des fluctuations d'un marché livré à lui-même.

⁵²⁰ S. BRACONNIER, Droit public de l'économie, *op. cit.*, sur l'arrêt CE, Avis, Sect. Intérieur, 7 octobre 1986.

⁵²¹ *Ibid.* Pour un certain nombre d'exemples, tel que le secteur bancaire, voir Déc. N°86-207 DC.

⁵²² CC, 16 mai 2019, n°2019-781 DC

1. *La construction d'un modèle alternatif*

L'histoire française a démontré qu'une forme d'efficience pouvait exister à travers un modèle autre que le capitalisme classique. Elle a même réussi, au cours des années post Seconde Guerre Mondiale, à conjuguer croissance économique, développement industriel et modèle social. Certains auteurs n'hésitent pas à relier cette réalisation à la façon dont était géré le secteur public, en comparaison avec d'autres États qui n'utilisaient pas ces méthodes, notamment le Royaume-Uni. Pour André Delion, « *les entreprises publiques françaises avaient à leur actif [...] de nombreuses réussites, dues aux compétences et à la fois de leur encadrement très sélectif et de leurs « tuteurs » administratifs souvent de même formation, et parfois au pouvoir politique comme au début des années 1960.* » En termes de résultat, il met en exergue le fait qu'ils ont été obtenus « *selon les critères de l'économie de marché* » et qu'ils ont été créés « *des monopoles efficaces, c'est-à-dire ayant les avantages économiques naturels des monopoles, tels que la réduction des coûts et la planification à long terme, sans en avoir les défauts, notamment la recherche de rentes.* »⁵²³

L'idée sous-jacente était finalement d'évincer les intérêts privés pour évacuer la nécessité du profit immédiat sur certains secteurs. Sans les contraintes du marché, les leviers pour l'investissement (à visée structurelle ou sociale) seraient libérés d'un poids, et les errements budgétaires seraient compensés par la fiscalité.⁵²⁴ Il fallait, en tout cas, créer un modèle qui semble plus adapté que la gestion capitaliste classique pour intégrer des secteurs qui sont indubitablement économiques mais dont les différents objectifs pouvaient intéresser l'État. Dans cet objectif a été créée cette alternative de gestion, l'État gérant un opérateur économique, sans contrainte de marché. Cette alternative, « *la crise des années 30 l'a légitimée en faisant la*

⁵²³ A. DELION, De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire, RFAP 2007

⁵²⁴ « Sans les contraintes budgétaires des entrepreneurs privés et sans subir la sanction du marché, s'est ainsi installé le secteur public qui, dès le début du XXème siècle, agit sur l'économie. Appartenant à la collectivité, ce secteur regroupe les organismes et les entreprises que les agents de l'Etat gèrent directement ou paritairement avec des représentants agréés. Il fonctionne grâce à ses recettes et, si elles sont insuffisantes, grâce au budget de la nation. Comme les contribuables l'utilisent, ils paient ses services, ses produits au prix de ses tarifs mais ils contribuent en outre à son équilibre budgétaire par l'impôt. Ils ne peuvent sanctionner sa gestion qu'au moment des élections. » M. REFAIT, Le secteur public en France, *op. cit.*, p4 et s.

*démonstration que, contrairement aux résultats de la théorie libérale, le marché n'est pas toujours capable de réaliser spontanément l'équilibre économique et le bien-être optimal. »*⁵²⁵

Cette nouvelle gestion trouve sa nécessité à la fois dans le but de restructurer l'économie mais aussi dans des considérations de solidarité. Dans le premier cas, lorsqu'il y a une nécessité de lourds investissements, le budget de l'État semble (ou semblait) adéquat à cette mission. « *Au-delà des idéaux, on constate que les nationalisations ont également été l'occasion de réaliser de vastes restructurations dans des domaines morcelés, et d'opérer des investissements dans des secteurs dans lesquels la France avait accumulé du retard. »*⁵²⁶ Hormis cette pure stratégie de restructuration, il s'agissait parfois plus simplement de remédier, grâce aux capitaux publics, au manque de fonds privés.⁵²⁷ Dans le second cas, l'État actionnaire utilise le budget public dans le but de réaliser l'interdépendance sociale.⁵²⁸ Dans tous les cas, là où les capitaux privés ne paraissaient pas être la meilleure opportunité, l'utilisation du secteur public semblait être l'alternative idéale.

2. Le traitement favorable des entreprises du secteur public

Pour comprendre en quoi le secteur public est susceptible de répondre aux problématiques soulevées par le biais d'avantages subséquents, il faut comprendre le mécanisme de la gestion par les institutions de ces différents opérateurs. Une double hiérarchie s'installe : une normative

⁵²⁵ C. DEMAZIERE, Les services publics face aux mutations économiques et sociales : Trente ans de réorientation de l'Etat : l'impact sur les services publics, Cahiers français, 339, juillet-août 2007

⁵²⁶ A. CARTIER-BRESSON, Actes du colloque du Conseil d'Etat Les entreprises publiques « Des entreprises et participations publiques : « pour quoi faire ? » du 10 juin 2016, p25. Sur le même point, Christophe Demazière explique qu'« après la Seconde Guerre Mondiale, particulièrement en France, la sphère politique, suivie sur ce point par la plus grande partie de la population, n'a pas envisagé que le secteur privé puisse être l'acteur principal de la reconstruction. En contrôlant la plupart des banques de dépôt et des sociétés d'assurance, l'Etat se donne alors les moyens d'orienter les investissements. Il rationalise et réorganise le système productif en créant trois grandes entreprises publiques de l'énergie : Electricité de France (EDF), Gaz de France (GDF) et Charbonnages de France (CDF). Il réunit les partenaires sociaux autour d'un projet de Sécurité sociale. » C. DEMAZIERE, Les services publics face aux mutations économiques et sociales : Trente ans de réorientation de l'Etat : l'impact sur les services publics, *op. cit.*

⁵²⁷ « Pour faire face aux deux chocs pétroliers, cette politique visait à remédier, au niveau micro-économique, à la sous-capitalisation chronique des entreprises privées en substituant les capitaux publics aux capitaux privés défectueux. » B. DU MARAIS, Droit public de la régulation économique, *op. cit.*, p274

⁵²⁸ « Si le service public est né à l'époque libérale, il a ensuite fait l'objet d'une théorisation fondée sur le concept de solidarité sociale et il fut justifié dans sa traduction par les apports d'une science nouvelle : la sociologie. C'est, à ce propos, la pensée de Durkheim qui a influencé certaines positions de la doctrine juridique. La conception d'une « théorie du service public » fut l'œuvre du Doyen Duguit et elle impliqua, au-delà du seul droit administratif, une conception de l'Etat échafaudée sur les aspirations des solidaristes mais aussi des radicaux et des socialistes sous la IIIème République. » S. ZIANI, Du service public à l'obligation de service public, *op. cit.*, p42 et s.

qui va fixer les statuts de l'entreprise publique, avec une norme législative et générale concernant le secteur public⁵²⁹ et une norme plus particulière relative au statut propre de l'opérateur. La seconde hiérarchie va concerner plus précisément la vie de l'entreprise avec la véritable qualité de patron de l'État qui va s'exercer à travers le mécanisme de la tutelle⁵³⁰ : une technique assurée par le Ministère correspondant, et une financière sous l'égide du Ministère des Finances. Par la suite, la gestion est contrôlée par la Cour des comptes, et une nouvelle fois par le Ministère.⁵³¹

À travers ces différentes étapes, il est possible de constater la véritable identité de « patron » de l'État qui, par ces différents niveaux de hiérarchie et de contrôle, dirige véritablement les opérateurs. Ce statut lui permit par le passé de conférer les avantages et les moyens de fonctionner selon les objectifs qu'il allouait à ces entreprises, notamment en utilisant son budget propre en garantie. La stratégie de l'État était d'imposer des contraintes aux opérateurs concernant les tarifs fixés aux usagers ou selon les objectifs de la continuité spatiale.⁵³² La distorsion budgétaire que cela entraînait pour l'opérateur était comblée par les fonds de l'État. Il intervenait directement, certains pourraient dire autoritairement et arbitrairement, par le biais de la finance publique, ce qui entraînait un traitement différencié entre les entreprises. Le Professeur Stéphane Braconnier souligne ainsi que « *pendant longtemps, la possibilité d'invoquer un motif d'intérêt général pour justifier une différence de traitement était un moyen assez facile pour l'administration de favoriser certaines entreprises au détriment d'autres.* »⁵³³ Cette méthode, à l'aune du droit européen aujourd'hui, pourrait presque paraître choquante, puisqu'elle se décline souvent en aides d'État. Si elles sont aujourd'hui la cible d'une chasse en Europe, elles n'ont pas toujours été diabolisées et ont souvent été la stratégie première pour accomplir des objectifs publics. « *Les aides économiques sont un moyen d'action traditionnel et important des pouvoirs publics, tant à l'égard des entreprises publiques que des entreprises privées. Les unes et les autres contribuent au développement national ou local, qu'il entre dans*

⁵²⁹ Loi n°83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public

⁵³⁰ Décrets 53-707 du 9 août 1953 et 55-733 du 26 mai 1955

⁵³¹ S. NICINSKI, Droit public des affaires, *op. cit.*, p322

⁵³² « Contraintes tarifaires : l'Etat a fréquemment fixé des tarifs artificiellement bas, bien inférieurs au coût de la prestation offerte, dans un but social (permettre l'accès de tous au service) ou économique (freiner la hausse générale des prix.). Contraintes de service public en imposant à l'entreprise l'allocation de tarifs préférentiels ou le maintien de certaines activités. » D. LINOTTE et R. ROMI, Droit public économique, LexisNexis, 8éd, p386

⁵³³ S. BRACONNIER, Droit public de l'économie, *op. cit.*, p43. CE, sect., 29 juin 1951, Syndicat de la raffinerie de soufre française ; Rec. CE, p.377

la mission de l'État (aménagement du territoire) ou des collectivités territoriales (développement local) d'encourager par divers procédés. »⁵³⁴

Ce système tutélaire semble aujourd'hui avoir fait son temps, pour entrer dans une ère ouverte par le droit communautaire à la suite de l'Acte unique européen. Il est vrai que ce système rencontrait un certain nombre de problèmes régulièrement pointés du doigt qui nécessitaient de revoir cette stratégie.

2§ Une stratégie pernicieuse à long terme

L'Europe combat cette confusion entre service public et secteur public dans un souci principalement énoncé de transparence, face à un système qui peut être assez facilement qualifié de coûteux et opaque (A). Si le système français a été ardemment défendu, il connaît aujourd'hui un certain nombre limites dont les dirigeants politiques ont pu prendre conscience au fil du temps au fur et à mesure des échecs (B).

A Un système coûteux et opaque

1. Un système budgétivore

Le financement des opérateurs appartenant au secteur public est sans doute la problématique la plus constamment soulevée par ses détracteurs. Il est vrai que réaliser les objectifs assignés par l'État demande un coût supérieur aux recettes obtenues des prestations de l'utilisateur, ce qui vient dans ce système tutélaire expliquer l'appartenance au secteur public, l'utilisation du budget de l'État permettant de couvrir les obligations assignées aux entreprises. Le mécanisme est compréhensible, mais l'adéquation de la participation au résultat est régulièrement critiquée.

Certains rapports se sont offusqués du montant de la dépense publique. Un des exemples de cette gestion le plus régulièrement rappelé est celui de France Telecom, qui a longtemps fonctionné dans ce modèle intégré. Le rapport Douste-Blazy mettait en exergue ce cas, au moment du rachat – onéreux – d'un partenaire alors que l'entreprise était démesurément

⁵³⁴ J. P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique, op. cit.*, p293

endettée⁵³⁵. La garantie qu'offrait le budget de l'État permettait sans doute de prendre des risques, mais certains choix ont démontré les problèmes de pertinence de la dépense. Un exemple parmi d'autres sur ce qui a pu être critiqué mais les salves ne s'arrêtent pas là : *« il y avait des secteurs, tels les charbonnages, les télécommunications, ou le fret ferroviaire, qui étaient gérés sans guère de considération des coûts ou des besoins des clients. Les contributions publiques atteignaient des montants très élevés et le système des relations avec l'État, fondé sur une tutelle pesante et inadaptée, était fortement critiqué. »*⁵³⁶ Pour les plus critiques, il s'agirait même de gaspillage : *« Des trains régionaux sont maintenus même s'ils circulent à vide, des hôpitaux sont suréquipés même s'il n'y a pas de spécialistes pour soigner la population. »*⁵³⁷

Un autre point est soulevé par l'économiste Elie Cohen à l'occasion d'un rapport du Conseil d'analyse économique. Les manœuvres financières de l'État critiquées ne se limitaient pas à la dépense publique mais également aux moyens de récupérer ces fonds. Les objectifs multiples de l'État conduisaient parfois à utiliser des fonds d'opérateurs pour les attribuer à un autre. C'est ce qu'Elie Cohen a théorisé à travers la notion d' *« État prédateur »*. Cette notion lui permet notamment d'expliquer l'attitude mortifère de l'État envers France Télécom, qui lui assénait taxes, impôts et prélèvements pour se financer. Il explique ainsi la situation qu'a pu connaître l'opérateur téléphonique. *« Dans le cas de France Telecom il faut savoir qu'au moment où les grands opérateurs des télécom baissaient leur tarif en 1984, la France, pour des raisons budgétaires, augmente la taxe de base et casse la progression du trafic international. A l'occasion de la réforme de 1990, on invente l'impôt forfaitaire de 14,5 milliards quels que soient les résultats, le niveau d'endettement ou les besoins de développement de la firme. Non content de lui imposer cet impôt forfaitaire, l'État prend l'habitude, chaque fin d'année, de siphonner les réserves de l'entreprise, une fois pour financer un satellite orphelin, une autre pour soulager l'État des titres AGF ou UAP, une troisième pour sauver la Banque Hervet alors en perdition. Mais tout ceci ne serait rien si l'État n'avait pas décidé de faire de FT son bras armé pour des entreprises douteuses de politique industrielle. Pour ne prendre qu'un exemple*

⁵³⁵ *« Encore une fois, même si l'investissement pouvait paraître séduisant, il est permis de s'interroger sur son ampleur (7,96 milliards d'euros auxquels il faut ajouter 1,5 milliards d'euros d'option de rachat accordé au partenaire et un programme d'investissement de 6,7 milliards d'euros sur 7 ans qui devrait cependant être dans sa très grande majorité autofinancé), à un moment où, du fait principalement de l'acquisition d'Orange, les capacités de financement du groupe étaient très largement saturées (avec un endettement supérieur à 2 ?7 fois les fonds propres) et où apparaissent des signes évidents d'une crise boursière. »* P. DOUSTE-BLAZY, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision, 3 juillet 2003.

⁵³⁶ A. DELION, De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire, RFAP 2007, *op. cit.*

⁵³⁷ M. REFAIT, Le secteur public, *op. cit.*

*le soutien à Bull coûtera à FT près de 20 milliards de francs. »*⁵³⁸ Pour l'auteur, cette prédation présenterait quatre types d'effets : « *une confiscation de la rente du monopole* », « *un déséquilibre majeur entre l'entreprise publique de service public objet de la prédation et les entreprises privées soumises au contrôle vigilant des opérateurs de marché* », « *des effets retour délétères sur les technostructures publiques et plus généralement sur les gestionnaires* » et la possibilité de « *transferts opaques et donc non délibérés et non évalués contradictoirement.* »⁵³⁹ Cette opacité et ces péréquations tarifaires opérées par l'État sont d'ailleurs également un point névralgique de la contestation du système de secteur public à la française.

2. Un système opaque

L'Union européenne essaye, à travers le modèle de ciblage des aides d'État qu'elle construit, d'améliorer la transparence de l'utilisation des fonds publics. Il est vrai que différents problèmes de péréquations obscures ont fait l'objet de critiques, notamment dans un contexte mu par la transparence de l'action publique et la rationalisation budgétaire.

Il y a au moins deux formes d'opacité qui peuvent être soulevées : une opacité des transactions entre opérateurs et chez l'opérateur. Une fois encore, France Télécom a été montré comme l'exemple de l'opacité de la gestion financière entre les différents postes de budget de l'État. Le rapport du Conseil d'analyse économique précité soulève le fait que ces transferts financiers qui n'ont pas véritablement été connus ont été, en plus de ce problème de validation, un frein au développement du réseau téléphonique en France. « *La France en 1969, malgré sa conception intransigeante et large du service public, avait le réseau téléphonique le plus archaïque d'Europe. Et maintenant une tarification particulièrement élevée, notamment à l'international et à l'interurbain, France Telecom (FT) subventionnait certes l'abonnement, mais elle accroissait considérablement une rente qui faisait l'objet soit de transferts opaques de politique industrielle ou de finances publiques (débudgétisation), soit de surinvestissements ; mais dans les deux cas, c'était au détriment du consommateur et du développement des technologies de l'information en France.* »⁵⁴⁰ France Telecom, une nouvelle fois, est cité par le rapport Douste-Blazy concernant les questions d'opacité interne à

⁵³⁸ E. COHEN, Les rapports du Conseil d'analyse économique, Service public – secteur public ; Secteur public : portée et limites des pratiques de l'Etat actionnaire, La Documentation française, décembre 1997

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ *Ibid.*

l'opérateur. « *D'autre part, les moyens de financement restaient flous, dépendant, selon les termes même du contrat, "des efforts de productivité du groupe, [...] des ressources de gestion de bilan complétées, le cas échéant, par un appel aux marchés des capitaux propres"*. Ainsi, ni l'affectation des financements par grandes zones géographiques, ni leur impact sur l'endettement du groupe n'étaient précisés. Comme pour France Telecom, des dépenses considérables dans l'immédiat avaient implicitement vocation à être couvertes dans le futur. »⁵⁴¹

En somme, le système du secteur public à la française permettait, du fait de la qualité de dirigeant qu'avaient les institutions publiques, de financer la réalisation des objectifs de service public. C'est en cela que bien souvent, le secteur public a été confondu en France avec le service public, car le premier était le moyen de satisfaire aux obligations du second. Le problème étant ces deux questions de la dépense publique et de son opacité, puisqu'au vu des exemples qui ont pu être soulevés et qui ne tarissent pas, il est compliqué de plaider une transparence de l'action publique. C'est notamment dans le dessein de chasser ces mauvaises pratiques que l'Union européenne a remis en question le financement étatique français. En revanche, c'était une stratégie facile d'accessibilité pour les usagers non-rentables. Néanmoins, ce système établi, vu comme une alternative possible à un service public libéralisé, n'apportait pas de résultats optimaux.

B Un système aux résultats remis en cause

1. *Un modèle mis en échec*

Si le modèle français, bien que budgétivore et opaque, avait donné des résultats satisfaisants, il n'aurait sans doute pas été opportun de le critiquer, sauf pour des considérations qui n'auraient été motivées que par pure idéologie. Mais la liste des échecs du secteur public laisse vite entrevoir qu'il ne s'agit sans doute pas d'une panacée.

André Delion en dresse une liste non-exhaustive mais qui met en lumière les différents revers du système, accompagnée à chaque fois d'une explication tenant à la gestion des opérateurs. En

⁵⁴¹ P. DOUSTE-BLAZY, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision, 3 juillet 2003, *op. cit.*

pointant du doigt les multiples secteurs, comme l'industrie avec Renault⁵⁴², les réseaux avec France Télécom⁵⁴³ ou encore le secteur financier avec le Crédit Lyonnais⁵⁴⁴ et GAN⁵⁴⁵, il apparaît logique d'écarter un échec purement sectoriel. En faisant apparaître des erreurs de gestion à travers le temps des années 1980 aux années 2000⁵⁴⁶, il démontre qu'il ne s'agit pas simplement d'un mauvais pas conjoncturel. Enfin, en indiquant à chaque fois des problématiques de gestion par l'État, il laisse simplement comme dénominateur commun à tous ces échecs le doute insurmontable qu'il s'agisse de la manière dont était organisé le secteur public.⁵⁴⁷ Cette analyse permet à l'auteur d'effectuer le diagnostic suivant : « *Les années 1980 ont été marquées par un grand nombre de défaillances qui ont continué à produire des effets dans les années 1990, auxquelles s'en sont ajoutées d'autres jusqu'au tout début des années 2000, avant d'entraîner enfin une réaction forte de l'État. Leur accumulation désigne clairement les faiblesses qui affectaient leur gouvernance et peut-être plus encore celles de l'État. Ce sont principalement des faiblesses de l'État, absence de stratégie, disproportion entre politiques et disponibilités budgétaires, crainte des effets sociaux dans des cas où ils sont*

⁵⁴² Perte de « 23,4 milliards de francs, soit de l'ordre de 6 milliards d'euros en valeur actuelle. » A. DELION, De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire, RFAP 2007, *op. cit.*

⁵⁴³ « Mais comme France Telecom ne pouvait pas beaucoup recourir au paiement par remise de titres parce que l'Etat ne voulait pas trop voir baisser sa participation, ce qu'il fit pourtant plus tard, la société dut payer l'essentiel en espèces et pour cela accroître sa dette si massivement, au voisinage de 70 milliards d'euros, qu'elle en devint un record mondial. » *Ibid.*

⁵⁴⁴ « Il est généralement avancé que le coût net pour l'Etat de l'affaire Crédit Lyonnais se situe entre 80 et 100 milliards de francs, donc un ordre de grandeur de plus de 15 milliards d'euros en valeur actuelle, pas loin du tiers du produit d'une année d'impôt sur le revenu. » *Ibid.*

⁵⁴⁵ « Il résulta des pertes telles qu'un plan de sauvetage public dut être décidé, d'un coût évalué en 1997 à 20 milliards de francs. » *Ibid.*

⁵⁴⁶ Dans l'exemple des affaires Crédit Lyonnais et GAN : « Ces deux "affaires" ont leur origine dans la décennie 1980-1990, bien que révélées au début des années 1990 et réglées ensuite par des sauvetages. Selon le rapport public de la Cour des comptes d'octobre 1995 sur le Crédit Lyonnais, "ses pertes en 1992 et 1993 ne sont pas survenues subitement", mais à partir des exercices 1983-1986 qui avaient fait l'objet d'un rapport particulier non publié adressé au gouvernement. La Cour y constatait des "évolutions dangereuses", "non perçues et corrigées en temps utile ». *Idem* pour GAN qui « comme cette dernière, (...) remonte à la décennie 1980. » En revanche, c'est lors de la privatisation de la Société nationale Corse-Méditerranée en 2006 qu'elle « se révéla (...) le lieu de pratiques internes inadmissibles mettant en cause non seulement la capacité de contrôle de l'Etat, mais sa dignité même. » *Ibid.*

⁵⁴⁷ Par exemple concernant Renault « La presse de l'époque attribuait les pertes de Renault (...) à des erreurs de gestion et à ce qu'elle appelait une « co-gestion Etat-syndicats », qui privilégiait le niveau des effectifs et des salaires par rapport aux rendements et résultait d'une démission de ce que l'on appellerait aujourd'hui l'Etat actionnaire. » Charbonnages de France est cité avec « des embauches sans avenir en 1981 [qui] paralysèrent leur réforme et coûtèrent en moyenne 7 milliards d'aides pendant une décennie. » Pour le Crédit Lyonnais est évoquée « une stratégie insoutenable avec les moyens du groupe, fausses argumentations des fonds propres, insuffisance des moyens de contrôle interne, indépendance incontrôlée des filiales, interventions à haut-risque dans des secteurs tels que le cinéma, tentatives malheureuses de "banque-industrie". » Ou encore pour terminer, l'exemple de France Telecom et de sa « conception rigide de l'actionariat public et l'incapacité de l'Etat à apporter des capitaux même pour des affaires rentables (...) problème permanent de l'Etat actionnaire. » *Ibid.*

pourtant rendus plus graves en les retardant, analyses insuffisantes et tardives des situations, qui expliquent les grandes défaillances (...). »⁵⁴⁸

Le rapport du Conseil d'analyse économique précise également qu'avec cette mauvaise gestion de l'État, les objectifs de service public qu'il se fixait en décidant d'être actionnaire de ces opérateurs n'étaient pas toujours atteints. Il cite ainsi les échecs des secteurs aérien et électrique avec d'une part « *un service public d'intérêt national lorsqu'il sert l'aménagement du territoire, comme dans le transport aérien (...) inapte à [le] démocratiser, à maîtriser pour les collectivités locales le coût de la desserte, et donc à remplir sa mission* » ; d'autre part « *la myopie du marché, qui justifie dans le cas de l'électricité l'intervention de l'État pour les investissements de très long terme et pour partie la politique de l'acheteur unique, a un revers : c'est l'État EDF hypermétrope qui surinvestit dans le nucléaire, gaspille des ressources et prive l'exploitant de la souplesse d'exploitation nécessaire. Une telle politique, de surcroît, n'a pas créé de bénéfice évident pour le consommateur.* »⁵⁴⁹

Il y a donc une convergence assez conséquente des juristes et des économistes sur les difficultés de l'État à être capable de gérer un secteur public, lorsqu'ils évoquent aussi bien des problématiques financières que de garantie de qualité pour l'utilisateur des services publics. Il n'est sans doute pas responsable uniquement du fait de sa gestion quotidienne des différents échecs du secteur public. D'autres éléments ont incidemment pesé sur ses résultats, telle que la rigidité du statut de la fonction publique qui apparaît, à plusieurs reprises, comme inapte à évoluer face à un environnement économique toujours en mutation. En matière de téléphonie, le rapport Douste-Blazy explique que « *le statut des fonctionnaires en place a été maintenu lors de la constitution de France Télécom en exploitant national par la loi du 2 juillet 1990, puis de sa transformation en société anonyme par la loi n°96-659 du 26 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications. Dans son avis du 18 novembre 1993, le Conseil d'État a en effet considéré qu'il était possible de conserver des fonctionnaires au sein d'une personne morale de droit privé dès lors, notamment, que l'entreprise remplit des missions de service public définies par le législateur.* »⁵⁵⁰ En conservant le statut de fonctionnaire pour les travailleurs de France Telecom, décision permettant sans doute une paix sociale, la rigidité qui en découlait mettait en péril la société même étant donné le contexte dans lequel elle évoluait,

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ E. COHEN, Les rapports du Conseil d'analyse économique, Service public – secteur public ; Secteur public : portée et limites des pratiques de l'Etat actionnaire, La Documentation française, décembre 1997, *op. cit.*

⁵⁵⁰ P. DOUSTE-BLAZY, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision, 3 juillet 2003, *op. cit.*

comme l'a souligné le directeur financier de l'époque : « *La société, je vous le rappelle, venait de la téléphonie fixe et souffrait de sureffectifs considérables. Pourquoi ? Tout simplement pour des raisons d'évolutions technologiques. Il faut en effet se rappeler que le passage des commutateurs électromécaniques aux commutateurs électroniques a rendu obsolète le travail de dizaine de milliers de personnes. Les anciens commutateurs étaient d'immenses machines composées de roulements à billes dans lesquels les agents mettaient de l'huile. Au total, près de 50 000 personnes ont donc dû être reconverties.* »⁵⁵¹

Finalement, le bilan du modèle français pour satisfaire aux obligations de service public en les intégrant au secteur public peut fonctionner, mais l'histoire démontre que le modèle est encore largement à parfaire. C'est en ce sens que beaucoup de voix se sont élevées à travers le temps pour convenir d'un système plus fonctionnel, sans toutefois jamais y parvenir.

2. Une réflexion doctrinale pour parfaire le modèle

Une des premières critiques modernes du modèle français, encore régulièrement citée, est celle du rapport Nora du nom de son auteur qui a eu la charge de mener un groupe de travail quant aux problématiques du secteur public français, notamment financières. Le gouvernement français de l'époque, de Georges Pompidou, lui demanda des pistes de réflexion pour ces difficultés déjà soulevées dès 1967. Les critiques sont celles d'une gestion trop coûteuse pour l'État, qui devait dès lors (déjà) faire des efforts pour satisfaire une nécessaire baisse des dépenses publiques. Le levier devait également être actionné en sens contraire : les usagers devaient s'attendre à une hausse des tarifs qui permettrait un meilleur équilibre budgétaire. « *Le rapport Nora présentait ces réformes comme des conditions sine qua non pour redonner aux entreprises publiques le sens de la compétitivité et de l'efficacité, le sens de la rentabilité. Le maître mot, qui sous-tend toute cette philosophie réformatrice, est lâché.* »⁵⁵²

Il en fallut néanmoins beaucoup plus que ce rapport pour voir le système évoluer. Les crises évoquées précédemment dans le secteur public sont beaucoup plus récentes et témoignent du fait que le rapport Nora était sans doute une première prise de conscience des pouvoirs publics

⁵⁵¹ Propos du directeur financier de France Telecom J-L VINCIGUERRA dans le rapport Douste-Blazy précité.

⁵⁵² D. LINOTTE, D. PIETTE et R. ROMI, Droit public économique, LexisNexis, 8^{éd.}, 2018, p393. « On peut retracer à grands traits les préconisations du rapport Nora. Elles sont les suivantes – on comprend qu'elles aient pu heurter en raison de l'impact probable de leur mise en œuvre sur le plan social et politique. Les ressources de l'entreprise, d'une part, doivent être rationalisées. En ce sens, les tarifs doivent au moins couvrir le coût de la prestation fournie. C'est ce que l'on entend par neutralité tarifaire. Pour atteindre cet objectif, une hausse des tarifs s'impose. Une hausse progressive et étalée sur plusieurs années, afin qu'elle puisse être supportée par l'utilisateur. Mais une hausse suffisante pour susciter, à moyen terme, le rétablissement de l'équilibre financier de l'entreprise. »

mais n'a pas transformé en profondeur le système qui n'a eu de cesse de prouver ses limites. L'équilibre budgétaire du système ne pouvait être assuré de fait, à cause des objectifs de service public, néanmoins tout cela restait insupportable pour le budget de l'État. La dépense étatique prenant nécessairement sa source dans le budget et donc en partie dans l'imposition et les taxations, le besoin de justifier les dépenses fut nécessaire. C'est sans doute dans cet esprit que la loi organique relative aux lois de finances fut créée en 2001⁵⁵³. Le ciblage des dépenses ainsi que leurs résultats⁵⁵⁴ aura le mérite de rendre plus transparentes les dépenses de l'État en ce qui concerne le secteur public, dans ce que la doctrine a relié à la notion anglaise d'*accountability*. André Délion résume les bienfaits de la création de la LOLF ainsi : « *on se contentera de rappeler que désormais les crédits sont accordés par missions, réparties en programmes, et qu'ils sont dans ce cadre assortis d'objectifs, eux-mêmes mesurés par des indicateurs chiffrés, au sein de projets annuels de performance, suivis en fin d'exercice de rapports annuels de performances. Le rapprochement avec le comportement d'un actionnaire est évident : il veut aussi des projets chiffrés en charges, en produits et en résultats attendus qui mesureront les comptes.* » Il conclut qu' « *il est à peine besoin de remarquer que jamais la stratégie de gestion ainsi chiffrée de l'État actionnaire n'aurait figuré dans un document budgétaire public s'il n'y avait pas eu la LOLF et son nouvel esprit.* »⁵⁵⁵

La France avait donc bien conscience que son modèle était à retravailler. Plus ou moins harmonieux pour la paix sociale et les obligations de service public, il ne l'était absolument pas pour les finances publiques. De plus, le modèle allait souffrir d'un environnement juridico-économique ouvrant la voie à la concurrence dans des secteurs qui ne la connaissaient pas. Il était devenu possible, grâce à la technologie, que des velléités privées puissent s'engouffrer par exemple dans les télécommunications.⁵⁵⁶ Les traités européens et l'Acte unique européen ont simplement suivi ces possibilités. D'ailleurs, si les critiques françaises concernant une Union européenne ignorant la notion de service public accusent Bruxelles d'être le fer de lance de la mise en concurrence, l'Europe n'a sans doute fait que suivre le modèle mondial qui prenait une dimension universelle et institutionnelle avec la création du GATT en 1946 et de l'OMC en

⁵⁵³ Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

⁵⁵⁴ Art 48 de la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

⁵⁵⁵ A. DELION, De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire, RFAP 2007, *op. cit.*

⁵⁵⁶ « Les progrès de la concurrence et de la défense de la loyauté concurrentielle résultent de facteurs anciens, divers et universels. Parmi les éléments de ce mouvement figure l'irruption internationale de technologies qui ont permis techniquement des concurrences auparavant inimaginables, notamment en matière de transports (TGV-Route-Air) dès les années 1970, puis de télécommunications (nouveaux centraux et câblages, naissances des portables) à partir des années 1980, mais aussi à la mondialisation des opérations financières (...). » *Ibid.*

1994.⁵⁵⁷ Un fort vent contraire semblait donc souffler sur le modèle français. Les institutions auxquelles il appartenait prônait la mise en concurrence et un modèle libéral pour l'efficacité du développement économique et la réduction de la dépense publique, mais il se retrouvait incapable d'adhérer à un système qui remettait en cause toute la stratégie de l'État actionnaire. Marcel Boiteux résume le paradoxe dans lequel se trouvait la France : *« Sait-on privatiser les monopoles ? Ces entreprises de service public posent un problème : elles restent des monopoles publics à une époque où l'obsession est à la concurrence. La problématique est alors la suivante. Si l'on privatise les monopoles, ils se consacreront à gagner le maximum d'argent pour honorer leurs devoirs vis-à-vis de leurs actionnaires. Il faut donc les empêcher d'abuser de leur position par un système de régulation. Mais réguler les monopoles est très difficile sans l'introduction de la concurrence. Or la concurrence n'est pas aisément conciliable avec les missions de service public. »*⁵⁵⁸

La France tenta de maintenir son modèle, mais il commença à se fissurer. Remis en cause juridiquement par l'Acte unique européen, la doctrine économique continuait de torpiller le système. *« Tous [les] arguments en faveur de telle ou telle forme de monopole ne doivent cependant pas conduire à identifier services publics et monopoles. Les services publics ne sont pas déconnectés de l'économie en général, et celle-ci est fondamentalement une économie de marché (plus ou moins) concurrentiel ; il serait donc étrange que la concurrence n'ait aucun rôle significatif à jouer dans l'offre de services publics. Son rôle majeur, partout où il est bénéfique, c'est de stimuler l'innovation, de faire pression sur les coûts, et d'en faire bénéficier les usagers, et indirectement les contribuables. Il ne sert pas à grand-chose de définir avec soin les missions de service public, de raffiner les structures de tarification et de subvention, si les services offerts sont obsolètes et leurs coûts de production excessifs. »*⁵⁵⁹

Si les arguments de la protection des services publics de l'actionnariat privé par l'État ont été avancés, le Directeur Général de la Monnaie de Paris Marc Schwartz rappelle que les États-Unis ne sont pas actionnaires d'entreprises mais protègent leurs fleurons d'investisseurs

⁵⁵⁷ « Une autre évolution mondiale a été celle de l'organisation institutionnelle permanente des relations interétatiques, en particulier pour faciliter les échanges internationaux, d'où la création du GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), transformé en 1994 en Organisation mondiale du commerce (OMC), afin de réduire les barrières douanières et les autres obstacles aux échanges internationaux et à la loyauté concurrentielle. » *Ibid.*

⁵⁵⁸ M. BOITEUX et C. HENRY, Les amis de l'École de Paris, Services publics et concurrence à la française

⁵⁵⁹ E. COHEN et C. HENRY, Les rapports du Conseil d'analyse économique, Service public – secteur public ; Secteur public : portée et limites des pratiques de l'État actionnaire, La Documentation française, décembre 1997, *op. cit.*

étrangers, notamment par l'amendement Exon-Florio⁵⁶⁰ et qu' « *il devient apparent que nous commençons à atteindre les limites de la justification : ce que l'on fait en France en tant qu'État actionnaire, en immobilisant du capital public, pourrait être fait de façon efficace en mobilisant d'autres outils.* »

Devant les échecs du « service public à la française » et le modèle économique proposé par l'Union, la France n'avait finalement pas d'autres choix que de se convertir petit à petit, au gré des directives européennes, à la mise en concurrence du secteur public. Toutefois, le système qui en résultait n'était pas non plus une solution optimale ; il tend encore à nourrir des craintes quant à l'accessibilité pour l'utilisateur.

Section II : Le système hybride européen, naturellement anxiogène

Doucement mais sûrement, la France intègre en droit interne les différentes directives menant à la mise en concurrence des entreprises du secteur public en Europe. Le modèle monopolistique français a donc commencé à se disloquer au profit d'un nouveau système plus libéral, soumis aux lois du marché. Le service universel consacre des garanties, même si les problèmes de sa portée limitée ont été soulevés. Les autorités de régulation apportent également une protection.⁵⁶¹ Ce système devait pallier les problèmes français, notamment l'aspect dépensier et opaque grâce en partie aux critères de la jurisprudence *Altmark* qui entraînent un contrôle minutieux transparent. Cependant, avec le recul du temps, il faut constater que la révolution n'a pas eu lieu. La France, comme d'autres pays en Europe, reste mesurée dans ses stratégies d'incorporation de la concurrence. Cette lenteur pourrait avoir une cause bien ancrée – un modèle difficile à déconstruire et la peur des éventuelles conséquences – une fragilisation de l'accessibilité aux services publics et une remise en cause de la paix sociale (1§). Dans ce contexte anxiogène, il serait possible d'imaginer le service universel reconfiguré comme une solution. Il est vecteur d'une protection que recherche l'utilisateur tout en assurant la conformité

⁵⁶⁰ « Par contraste, l'État américain n'est actionnaire d'aucune entreprise dans le domaine de la défense, mais il dispose d'un « arsenal » juridique qui est d'une protection absolue. En particulier, l'amendement Exon-Florio permet au président des États-Unis d'interdire tout achat d'une entreprise américaine par des sociétés étrangères, à partir du moment où elle est définie comme stratégique. Le Président des États-Unis peut également conditionner l'achat de l'entreprise sous réserve qu'il en nomme le dirigeant. » M. SCHWARTZ *in* Actes du colloque du Conseil d'État Les entreprises publiques « Des entreprises et participations publiques : « pour quoi faire ? » du 10 juin 2016, *op. cit.*

⁵⁶¹ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2

aux règles européennes duquel il provient. Il est de ce fait intéressant de noter son étonnante absence (2§).

1§ Une réalisation inaboutie du marché européen

Contrairement à ce qui a pu être impulsé par l'Acte Unique Européen dès 1986, la volonté d'ouvrir totalement à la concurrence le secteur public n'a pas été réalisée. Elle est, il est vrai dans certains secteurs, encore en cours (A). Cependant il faut constater que, dans ceux où elle est déjà bien établie, la place des anciens monopoles est encore conséquente. Les États usent de différentes stratégies ou maintiennent des anciens statuts, tel que celui d'EPIC, qui semblent difficilement compatibles avec les objectifs européens mais qui permettent de régler des questions d'accessibilité que le service universel, tel que conçu aujourd'hui, ne permet pas de protéger (B).

A La physionomie du marché français en lente évolution

1. *Des anciens monopoles toujours prépondérants sur le marché*

L'observation de ce qu'est aujourd'hui devenu l'ancien large secteur public en France permet de constater que, malgré la quantité de directives émises dans le but de libéraliser les activités, les monopoles sont encore loin d'avoir disparu.

Il suffit pour s'en convaincre d'analyser les chiffres. Sans dresser de liste exhaustive, une observation des principaux secteurs historiquement exclus de la concurrence permet déjà de s'en faire une idée plus convaincante. En ce qui concerne le secteur ferroviaire, il est très progressivement libéralisé si bien qu'il est encore impossible d'y voir clairement une concurrence effective pour l'utilisateur. La loi de 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire transpose la directive n°2016/2370 et ouvre la concurrence du secteur ferroviaire à compter de 2019, même si le partage de la plupart des lignes, notamment à grande vitesse, ne se fera finalement qu'en 2020.⁵⁶² L'évolution progressive se caractérise également par le passage en sociétés nationales à capitaux exclusivement publics le 1^{er} janvier 2020⁵⁶³.

⁵⁶² Loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, publiée au JORF n°0147 du 28 juin 2018

⁵⁶³ Interventions économiques – Droit public économique 2/2, chron. dir. J-C. VIDELIN, La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales n°20, 20 mai 2019, 2133

En ce qui concerne le secteur électrique, qui a longtemps été desservi par le monopole d'EDF, il est aujourd'hui pleinement ouvert à la concurrence. Les consommateurs s'éparpillent peu à peu vers d'autres entreprises, mais l'opérateur historique fait encore figure de mastodonte avec plus de 77% d'abonnés au tarif réglementé.⁵⁶⁴ Enfin, dans le secteur des télécommunications, Orange (ex-France Télécom) est toujours l'acteur incontournable de la téléphonie, avec 42,9 % de part de marché, loin devant son premier concurrent SFR à 31%.⁵⁶⁵

Les premières conclusions qui peuvent être tirées de la place majeure des anciens opérateurs tiennent sans doute à au moins deux ordres : le premier est la lourdeur de la capacité à assumer sur le territoire national une activité de réseau. La taille demandée à un opérateur pour être capable d'aller concurrencer un ancien monopole est conséquente, ce qui entraîne un phénomène repoussant les intérêts privés.⁵⁶⁶ Le second est la place que conserve le monopole historique dans l'esprit du consommateur, en dehors de tout mécanisme de tarifs réglementés ou de la place d'opérateur de service universel. Notamment, les analyses des chiffres d'Orange faites par la doctrine de droit public économique tendent en ce sens, en considérant qu' « *il faut apprécier la solidité d'Orange au fait qu'il est parti d'une situation de monopole juridique et s'est quasi stabilisé à un pourcentage du marché très supérieur à celui de ses concurrents, en gagnant presque 9 millions d'abonnements depuis 2012.* »⁵⁶⁷

Finalement, en observant cette place que conservent, malgré cette mise en concurrence, les anciens monopoles du secteur public français, se pose la question de savoir s'il est judicieux ou non de libéraliser ou si ce n'est encore qu'un phénomène de transition et d'habitude à la concurrence pour le consommateur. Cette réflexion ramène très vite à celle qui a suivi le démantèlement d'AT&T aux Etats-Unis, plaidant pour un service universel découlant d'un monopole naturel.⁵⁶⁸ Ce marché libéralisé européen peine à s'établir ce qui amène à se questionner sur cette pertinence. Toujours en ce qui concerne le développement d'Orange dans l'Union européenne, l'opérateur « *a cessé ses activités au Royaume-Uni et doit ménager en Europe continentale son vieux rival Deutsche Telecom.* »⁵⁶⁹

⁵⁶⁴« À fin 2018, 25,6 millions de ménages étaient encore abonnés à son tarif bleu réglementé (soit 77,3 % des sites). » Données CRE, Observatoire, 4^{ème} Trimestre 2018 (données au 31/12/2018) Les marchés de détail de l'électricité et du gaz naturel, p10. Analyse dans Les Échos, 13 mars 2019, V. LE BILLON.

⁵⁶⁵ A. DELION et M. DURUPTY, Chronique du secteur public économique, RFAP 2018/1, 165, p187 et s.

⁵⁶⁶ Le site internet *Lettre recommandée*, partenaire de La Poste, titrait ainsi « La distribution du courrier sur le territoire national fait peur », <http://www.lettre-recommandee.com/guides/fin-monopole-laposte.html>, consulté le 27/06/2019

⁵⁶⁷ A. DELION et M. DURUPTY, Chronique du secteur public économique, RFAP 2018/1, 165, p187 et s.

⁵⁶⁸ Voir *supra*. Chapitre 1

⁵⁶⁹ A. DELION et M. DURUPTY, Chronique du secteur public économique, RFAP 2018/1, 165, p187 et s.

Ce marché unique est donc anxiogène à la fois pour les États qui freinent les transpositions de directives mais aussi pour les consommateurs-usagers qui préfèrent rester client chez l'opérateur historique. C'est sans doute, en partie, en raison de cette peur du marché unique mais aussi de stratégies nationales que les États membres et notamment la France maintiennent un actionnariat public chez plusieurs opérateurs.

2. *Des modes de maintien de la présence de l'État dans les secteurs en voie de libéralisation*

S'il est possible de rattacher des éléments de méfiance de la part des usagers vis-à-vis du système européen des services publics, il est également intéressant de constater des similitudes dans le comportement des États. La tutelle étatique du secteur public reste un élément qui paraît rassurant au niveau national. Le rapport de l'État actionnaire fourni par l'Agence des participations de l'État met en exergue le fait que sa stratégie repose « *sur trois lignes directrices déterminant le périmètre de son portefeuille* » : « *investir ou rester actionnaire dans les entreprises relevant de la souveraineté nationale (défense et nucléaire), dans les entreprises de service public dans lesquelles l'État ne détient pas de leviers non-actionnariaux suffisants et dans les entreprises à dimension nationale en situation critique faisant courir un risque sectoriel.* »⁵⁷⁰ Cette notion de « *levier non-actionnarial insuffisant* » semble être assez explicite pour y voir la crainte des pouvoirs publics quant à la satisfaction des services publics dans un contexte d'économie de marché et surtout, de l'insuffisance du service universel dans un certain nombre de secteurs. Il s'agit peut-être de la fonction première du service universel que d'être ce levier non-actionnarial qui permet aux États de garantir l'accessibilité. Mais faute de l'extension temporelle et matérielle précédemment évoquée, l'État maintient son actionnariat dans les entreprises de service public.

La loi PACTe⁵⁷¹ dispose ainsi d'une section 3 qu'elle nomme : « *Faire évoluer le capital et la gouvernance des entreprises publiques et financer l'innovation de rupture* » qui apparaît clairement comme un délestage d'une part de l'actionnariat public, notamment au vu des arguments présentés lors de l'avant-propos du directeur de l'APE. Cependant, il faut aussi constater, à la lecture du texte entré en vigueur, que l'État est loin d'abandonner les entreprises du secteur public. Aéroports de Paris va ainsi se retrouver dans cette sorte d'intermédiaire, avec

⁵⁷⁰ M. VIAL, Commissaire aux participations de l'État / Directeur Général, Avant-propos *in* Rapport d'activités 2017-2018, APE, p6 *comm.* A. DELION et M. DURUPTY, Chronique du secteur public économique, RFAP 2018/4, p993 et s.

⁵⁷¹ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises JORF n°0119 du 23 mai 2019

une concession de 70 ans permettant toujours à l'État d'avoir une garantie sur l'entreprise⁵⁷², avec la possibilité légale de mettre fin à la concession en cas, notamment, d'interruption du service public ou de mauvaise exécution de ce dernier.⁵⁷³ Il est aussi intéressant de constater l'étrange sortie du secteur public de La Française des Jeux, qui certes ouvre son capital au privé, mais maintient un monopole sous, selon la disposition législative, « *contrôle étroit de l'État.* »⁵⁷⁴ Certains commentateurs analyseront cette loi par « *plusieurs traits originaux (...) relevés. Le premier tient au caractère en somme temporaire de ces privatisations dans la mesure où elles seraient articulées avec une concession de 70 ans pour ADP et avec un transfert sans mise en concurrence pour 25 ans pour la FDJ. Une autre originalité consiste à relever l'ampleur des éléments de contrôle sur les entreprises privatisées (cahier des charges très précis et contrat de régulation pour la FDJ). Enfin, la vigueur des contestations des privatisations projetées est alimentée par le bilan jugé financièrement défavorable de celle des sociétés d'autoroutes : une douzaine d'années après leur privatisation, le montant des dividendes qu'aurait perçu l'État s'il était actionnaire égalerait déjà le produit de la privatisation.* »⁵⁷⁵

Ces transformations montrent néanmoins l'envie de sortir d'un système du secteur public tel qu'il était connu en France. Il est cependant clair que l'État reste un acteur incontournable, certes sous d'autres moyens, dans les entreprises où il a encore besoin d'être présent. Son « *étroit contrôle* » de la Française des Jeux démontre qu'il ne s'agit pas d'ailleurs que d'une question de service public. Au cas par cas, des opérateurs voient une puissance publique

⁵⁷² Art. L. 6323-2-1.-I du Code des transports. « La mission dont est chargé Aéroports de Paris par l'article L. 6323-2 cesse, sous réserve des II et III du présent article, soixante-dix ans après l'entrée en vigueur du présent article. »

⁵⁷³ « L'Etat peut, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'aviation civile, de l'économie et du budget, mettre fin intégralement ou partiellement à la mission confiée à Aéroports de Paris par l'article L. 6323-2 du présent code si, en dehors d'un cas de force majeure, et après mise en demeure restée infructueuse, nonobstant l'application éventuelle des sanctions prévues à son cahier des charges :

« 1° Aéroports de Paris interrompt, de manière durable ou répétée, l'exploitation d'un aérodrome ;

« 2° Aéroports de Paris atteint, à deux reprises sur quatre exercices successifs, le plafond annuel de pénalités prévu à l'article L. 6323-4 ;

« 3° Aéroports de Paris commet tout autre manquement d'une particulière gravité à ses obligations légales et réglementaires ;

« 4° Aéroports de Paris est susceptible de ne plus pouvoir assurer la bonne exécution du service public du fait qu'elle ou son actionnaire de contrôle, au sens de l'article L. 233-3 dudit code de commerce, fait l'objet d'une procédure collective régie par le livre VI du même code ou de toute autre procédure équivalente ; »

⁵⁷⁴ Art 137 de la loi Pacte : « L'exploitation des jeux de loterie commercialisés en réseau physique de distribution et en ligne ainsi que des jeux de pronostics sportifs commercialisés en réseau physique de distribution est confiée pour une durée limitée à une personne morale unique faisant l'objet d'un contrôle étroit de l'Etat. »

⁵⁷⁵ Interventions économiques – Droit public économique 1/2, La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°18-19, 6 mai 2019, 2127. En ce sens également, P. TERNEYRE, Concessions autoroutières, pourquoi tant de haine ?, AJDA 2021, p436 et J.B. VILA et Y. WELS, Convoquons les états généraux du Droit pour les concessions d'autoroutes !, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, 30 Novembre 2020, p.2312

présente, dans la conformité des objectifs fixés par le directeur de l'APE. Ces analyses questionnent la politique européenne de demande de libéralisation des secteurs publics. L'Union fixe effectivement des objectifs, mais la lenteur de la mise en place et les différents aménagements tendent à démontrer qu'il y a des besoins qui ne seront pas satisfaits par une simple méthode de privatisation, et qu'il faut au contraire y voir la naissance d'un système hybride d'incitation européenne et de protection des États, dont les craintes nationales ne sont qu'une pierre à l'édifice de cette construction.

Il est toujours possible de constater la présence de l'État par différents mécanismes et stratégies juridiques. L'État conserve un certain nombre d'instruments lui permettant de rester sur l'échiquier économique. La Commission Européenne reste vigilante et méfiante à cet égard.

B Les stratégies de maintien d'instruments anticoncurrentiels

1. *L'avenir incertain de l'établissement public industriel et commercial*

L'établissement public industriel et commercial, plus connu sous son acronyme EPIC, n'est pas encore un vestige de l'époque du grand secteur public français, mais il apparaît déjà comme une construction dépassée par l'ère européenne et la naissance de ce système hybride de pilotage des services publics. Il est défini comme une « *catégorie d'établissement public qui, gérant un service ou une activité à caractère économique, est principalement soumis à un régime de droit privé* »⁵⁷⁶, relié naturellement à la notion d'entreprise publique « *appartenant au secteur public national.* »⁵⁷⁷ Il s'agit sans doute du statut emblématique d'une période française des services publics, suivant la jurisprudence *Bac d'Eloka*⁵⁷⁸, entraînant l'applicabilité du droit privé à des opérateurs du secteur public.

Malgré un régime de droit privé, certaines de ces caractéristiques et notamment le principe de spécialité l'écartent du régime des sociétés. Ce principe, élevé au rang de principe général du droit⁵⁷⁹, qui impose que « *la personnalité juridique spéciale qui est la sienne ne provient, conformément à la théorie de la personne morale, que de l'objet spécial qui lui est attribué*⁵⁸⁰ », n'a finalement posé guère de problèmes aux EPIC durant les fastes années de son existence

⁵⁷⁶ G. CORNU, Dictionnaire juridique, p374, PUF, 2009

⁵⁷⁷ G. CORNU, Dictionnaire juridique, p364, PUF, 2009

⁵⁷⁸ TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, N° 00706

⁵⁷⁹ CE sect., 4 mars 1938, Consorts Le Clerc, Rec. p.229

⁵⁸⁰ G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, Droit du service public, Montchrestien, p752, *op. cit.*

pour au moins deux raisons : d'une part, il était entendu assez largement par la jurisprudence administrative⁵⁸¹, ce qui laissait la possibilité à l'EPIC de diversifier dans une certaine mesure ses activités mais surtout, d'autre part, la confusion entre secteur public et service public rendait peu efficiente le principe de spécialité dans le contexte d'un opérateur unique dans un marché excluant toute concurrence.⁵⁸²

Un EPIC presque à l'état de vestige donc, sous l'effet de la mutation contemporaine des services publics. Tout semble, depuis plusieurs années, vouer ce statut à l'effondrement. Il faut cependant constater que, malgré la disparition d'un certain nombre d'opérateurs, l'EPIC existe toujours. Une analyse pourrait laisser penser ici encore, que le système européen ne proposant pas toutes les garanties souhaitées puisse être à l'origine de cette survie.

Il est possible d'invoquer au moins deux causes à la fragilisation du statut d'EPIC : la première endogène, la seconde exogène. D'une part, le statut semble souffrir de ses propres maux. Le principe de spécialité a pu être plus ou moins contourné, même si les juridictions administratives ont tout de même estimé à quelques reprises, et notamment pour le cas le plus célèbre concernant EDF, que les aménagements n'étaient pas non plus extensibles à l'infini.⁵⁸³ Mais surtout, la majorité de la doctrine rejoint l'idée que l'EPIC ne semble pas, du fait de sa gouvernance, adapté au contexte de la mondialisation. Le Professeur Karpenschif résume la problématique ainsi : « *Il est certain que l'établissement public est peu adapté à la mise en place de partenariats capitalistiques. Comment en effet rapprocher les EPIC d'autres opérateurs nationaux ou étrangers (sont topiques à cet égard les alliances de GDF et de Suez, puis d'EDF et de British Energy, après la transformation des EPIC en SA) lorsqu'il est impossible d'offrir aux partenaires pressentis les moyens d'une gouvernance effective ? Identiquement, comment attirer des investisseurs dans un EPIC lorsque la prise de contrôle de ces entités est, à moyen comme à long terme, impossible ? De même, comment lever des fonds indispensables au développement de l'activité lorsque l'on ne peut accéder au marché boursier*

⁵⁸¹ Voir notamment en ce sens : CE, 7 juillet 1994, EDF, avis n°356 089 « le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel qu'EDF et GDF signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission, il ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques. »

⁵⁸² « En effet, quand les services économiques d'intérêt général (SIEG) étaient des activités préservées des règles de concurrence et gérées de manière monopolistique par l'Etat, l'EPIC offrait une unité de gestion utile à la prise en charge de ces missions et soulignait (au moins implicitement) le rôle indispensable, irremplaçable de l'Etat ; l'EPIC n'étant finalement qu'une des nombreuses manifestations de l'Etat providence. » M. KARPENSCHIF, Les EPIC dans tous leurs états, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°31-35, 27 juillet 2009, 2197

⁵⁸³ TA Paris, 25 mai 1994, Chambre syndicale sociétés d'études techniques et d'ingénierie, JurisData n°1994-600163 sur l'interdiction de la vente d'appareils électriques par EDF

[...] *et que la seule alternative est de se tourner vers l'actionnaire unique qui n'a, au demeurant, plus nécessairement les moyens d'y pourvoir ? Enfin, comment assurer la croissance externe des EPIC au-delà de nos frontières sans déchaîner l'ire de nos partenaires qui interdit aux investisseurs étrangers la réciprocité ?* »⁵⁸⁴ A la lecture de l'enchaînement de ces questions rhétoriques, il semble évident de considérer le statut d'EPIC comme s'adaptant mal, du fait de ses caractéristiques intrinsèques, à un marché qui s'est fortement transformé et mondialisé.

Mais si ces handicaps ne suffisaient pas, l'Europe semble organiser la chasse à l'EPIC dans ce qui constitue le facteur exogène de son obsolescence. La Commission européenne a très vite vu d'un mauvais œil le statut d'EPIC, ce qui l'entraîna, le 2 avril 2003, à ouvrir une procédure formelle d'examen contre EDF, qui a conduit la France à sociétiser l'entreprise.⁵⁸⁵ En effet, le régime adossé à ce statut entraîne un certain nombre d'avantages inconnus du secteur privé, notamment la garantie illimitée de l'État et l'insaisissabilité des biens.⁵⁸⁶ Le Commissaire européen à la concurrence de l'époque, Mario Monti, expliqua de manière aussi claire que rigide les doutes européens quant au statut français qui régissait la plupart des anciens monopoles étatiques par ces mots : « *La décision du 2 avril 2003 fait suite à la décision de la Commission du 16 octobre 2002, qui proposait l'adoption de « mesures utiles », conformément à l'article 88, paragraphe 1 du Traité, concernant la garantie illimitée dont bénéficie EDF du fait de son statut d'EPIC, laquelle rend inapplicable la législation sur la faillite et l'insolvabilité. La Commission a donc proposé la suppression de cet élément constitutif d'une aide d'État. Si les autorités françaises ont confirmé leur intention de transformer le statut d'EDF, il n'y a pas eu d'engagement de leur part, valant acceptation inconditionnelle de ces mesures utiles, ni de précisions quant au calendrier de la réforme. La Commission a donc engagé la procédure formelle d'examen en avril 2003, en raison de la garantie illimitée d'EDF mais aussi de l'avantage financier lié à la constitution irrégulière de provisions.* »⁵⁸⁷ À la suite de ces contestations européennes s'en est suivi un contentieux fourni⁵⁸⁸, duquel il faut surtout mettre en exergue la décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne au sujet de La Poste,

⁵⁸⁴ M. KARPENSCHIF, Les EPIC dans tous leurs états, *op. cit.*

⁵⁸⁵ Commission européenne, communiqué de presse, IP/03/1737, 16 décembre 2003

⁵⁸⁶ Le rapport Douste-Blazy résume la problématique de l'enquête de la Commission européenne de la sorte : « La Commission est ainsi conduite à examiner si les entreprises publiques dont le statut exclut le recours à la faillite, bénéficient à ce titre d'une aide équivalente à une garantie, la question étant de savoir si ce statut permet effectivement à l'entreprise d'obtenir des crédits dans des conditions plus favorables. » P. DOUSTE-BLAZY, *op. cit.*

⁵⁸⁷ M. MONTI cité par P. DOUSTE-BLAZY, *Ibid.*

⁵⁸⁸ En ce sens : Comm. UE, déc. 2010/605/UE, 26 janvier 2010, JOUE n°L 274, 19 octobre 2010 et Trib. UE, 20 sept. 2012, aff. T-154/10, France c/ Commission

considérant qu' « *il importe de relever que le Tribunal a considéré que la Commission n'avait pas erronément établi l'existence d'un tel avantage [car] une telle garantie "est, de manière générale, de nature à conférer un avantage", car elle est octroyée sans contrepartie et permet à son bénéficiaire d'obtenir des conditions de crédit plus favorables que celles qu'il aurait obtenues du fait de ses seuls mérites, réduisant ainsi la pression qui pèse sur son budget.* »⁵⁸⁹

Si, à la suite de cette décision, l'EPIC ne semblait plus satisfaire les exigences de l'Union, sa survie semble encore plus remise en cause par la jurisprudence ultérieure, considérant que cet avantage est une présomption simple, dont les conditions de renversement apparaissent comme difficilement surmontables. En effet, la Cour considère, dans son arrêt *Commission c/ France et IFP Energies nouvelles*, que « *la Commission peut se prévaloir d'une présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'État en faveur d'une entreprise [...] a pour conséquence une amélioration de sa position financière par un allègement des charges qui, normalement grèvent son budget. [...] Il suffit à la Commission d'établir l'existence même de cette garantie.* »⁵⁹⁰ La seule possibilité de renverser cette présomption, et donc de conserver un statut d'EPIC conforme à la jurisprudence européenne, est une tâche difficile, puisqu'il s'agit de démontrer que ce statut n'a pas entraîné et surtout, ne conduira pas à l'avenir, à conférer un avantage à l'opérateur : « *S'il est vrai qu'une telle présomption n'est qu'une présomption simple, et donc réfragable, elle ne saurait pour autant être renversée que dans la mesure où il est démontré que, compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel s'insère la garantie rattachée au statut de l'EPIC concerné, ce dernier n'a pas obtenu dans le passé et, selon toute plausibilité, n'obtiendra pas dans l'avenir un quelconque avantage économique réel de cette garantie.* »⁵⁹¹ La portée de cette décision pourrait être fatale à l'EPIC, le Professeur Benoît Plessix réfléchissant notamment au fait que même une sociétisation pourrait ne pas être suffisante lorsqu'on est en présence d' « *éléments fonctionnels de droit public qui pourraient ne pas convenir aux gardiens intransigeants du droit de l'Union européenne et de l'économie de marché.* »⁵⁹²

Ce qui constituait le statut juridique des anciens monopoles nationaux semble donc aujourd'hui largement malmené. Cela ne fait certes pas disparaître le service public mais une fois encore, l'emmène vers un système concurrentiel européen auquel les usagers français ne sont que peu

⁵⁸⁹ CJUE, 3 avril 2014, La Poste, aff. C-559/12 P

⁵⁹⁰ CJUE, 19 septembre 2018, aff. C-438/16, *Commission c/ France et IFP Energies nouvelles*, note B. PLESSIX, *Revue Droit administratif* n°11, nov. 2018, repère 10, R. LANNEAU, *Ibid*, comm. 57, pt 111.

⁵⁹¹ CJUE, 19 septembre 2018, aff. C-438/16, *Commission c/ France et IFP Energies nouvelles*, pt 117.

⁵⁹² B. PLESSIX, *L'EPIC de nouveau en danger*, *Droit administratif* n°11, novembre 2018, repère 10

habituels. La transformation en société, au-delà du régime juridique qui va s'appliquer, conduit également à une remise en cause de ce que connaissait la France : la place de l'État dans la construction du service public, faisant tomber avec lui les analyses de l'école de Bordeaux et de Léon Duguit. Enfin, l'alimentation du contentieux et les transformations qui gardent toujours une place pour le budget public témoignent d'une appréhension pour le système européen qui semble, de ce fait, encore à parfaire pour éviter ces craintes.

2. *L'existence des tarifs réglementés*

Les tarifs réglementés font également sans doute partie de ces constructions étatiques garantissant l'accessibilité des usagers aux services publics. Une nouvelle fois, l'État interventionniste va protéger l'utilisateur de la possibilité de prix qui deviendraient rédhibitoires dans les secteurs de l'électricité et du gaz ou qui, en tout cas, compliqueraient leur consommation.⁵⁹³ Cette solution, qui s'est développée dans un contexte monopolistique, semble aujourd'hui complètement anachronique dans le sens où elle traduit manifestement une défiance à l'égard de la capacité du marché à fournir la meilleure offre. Pourtant, malgré l'ouverture à la concurrence, les tarifs réglementés continuent d'exister dans un statut hybride qui ne traduit encore que de la méfiance quant à la protection de l'intérêt de tous les usagers. Le Code de commerce traduit l'ambiguïté de la situation par la disposition ainsi rédigée : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence.* »⁵⁹⁴

D'un point de vue totalement dogmatique, il ne peut en effet que paraître étrange que, dans un système d'économie de marché, les pouvoirs réglementaire ou législatif puissent fixer les prix. La Commission européenne a d'ailleurs raisonné de cette manière en ouvrant, le 13 janvier 2007, « *une procédure formelle d'examen au sujet d'aides présumées en faveur d'entreprises françaises, sous forme de tarifs industriels d'électricité réglementés à un niveau artificiellement*

⁵⁹³ « Depuis la nationalisation, cette intervention trouve certainement une explication dans la volonté des gouvernements successifs de préserver la compétitivité économique des entreprises et le pouvoir d'achat des ménages, en conservant la maîtrise de la hausse éventuelle des factures de d'électricité et de gaz. » M. CACCIALI, Le maintien des tarifs réglementés d'électricité et du gaz, RFDA 2017, p268

⁵⁹⁴ Art L410-2 du Code de commerce

bas, financés directement ou indirectement par l'État. »⁵⁹⁵ Elle en tira une conclusion qualifiable de compréhensive du système français, constatant une violation mais, eu égard à ses engagements à transformer son droit, en ne la sanctionnant pas.⁵⁹⁶ La France, pour se conformer au droit européen, devait en effet modifier ses dispositions concernant les tarifs réglementés, puisque la Cour de justice a rappelé à plusieurs reprises que la fixation des prix « *par le jeu de l'offre et la demande (...) découle de la finalité même et de l'économie générale [des directives].* »⁵⁹⁷

Il convient néanmoins de se demander si ce qui ressemblait à une nécessité de transition du monopole aux tarifs réglementés vers la libre concurrence et la fixation des prix par le marché ne se transforme pas, au regard des évolutions de la jurisprudence et des textes, à une mise en commun des systèmes.⁵⁹⁸ L'arrêt de la Cour *Feduritility* va reprendre les termes de la directive de 2009 qui, elle-même, entend encadrer plus que condamner les tarifs réglementés.⁵⁹⁹ Le droit européen « *ne s'oppose pas à une réglementation nationale (...) qui permet de déterminer le niveau du prix de fourniture du gaz naturel par la définition de prix de référence (...).* » La jurisprudence pose néanmoins une triple condition : il faut que l'intervention « *poursuive un intérêt économique général consistant à maintenir le prix de fourniture du gaz naturel au consommateur final à un niveau raisonnable eu égard à la conciliation qu'il appartient aux États membres d'opérer, en tenant compte de la situation du secteur du gaz naturel, entre l'objectif de libéralisation et celui de la nécessaire protection du consommateur final poursuivis par la directive 2003/55 ; ne porte atteinte à la libre fixation des prix de la fourniture du gaz naturel après le 1er juillet 2007 que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation d'un tel objectif d'intérêt économique général et, par conséquent, durant une période nécessairement limitée dans le temps, et soit clairement définie, transparente, non discriminatoire,*

⁵⁹⁵ S. BRONDEL, La Commission ouvre une enquête sur les tarifs réglementés de l'électricité, Dalloz actualité 25 juin 2007

⁵⁹⁶ « La France a illégalement mis à l'exécution l'aide en violation de l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cependant, compte tenu du fait que cette aide a eu un caractère transitoire lié à la libéralisation du marché de l'électricité en France et qu'elle est accompagnée par des engagements d'une réforme en profondeur des conditions de concurrence sur le marché français de la fourniture d'électricité, la Commission estime qu'elle n'a pas nui et ne nuit pas aux échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun au sens de l'article 107 paragraphe 3, point c), du TFUE (...) » Décision de la Commission du 12 juin 2012 concernant l'aide d'Etat n°SA.21918 (C 17/2007) mise à exécution par la France

⁵⁹⁷ CJUE, 20 avril 2010, aff. C-265/08, *Federutility, Assogas, Libarna Gas SpA, Collino Comercio SpA, Sadori Gas Srl, Egea Commerciale Srl, Sorgenia SpA c/ Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG)*, AJDA 2010, 818. Chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat

⁵⁹⁸ En ce sens, le Professeur Stéphane de La Rosa pose la question suivante « Les prix réglementés et les marchés de l'énergie : disparition, sursis ou adaptation ? », RFDA 2017 p1099

⁵⁹⁹ Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/C

contrôlable ; et garantisse aux entreprises de gaz de l'Union un égal accès aux consommateurs. »⁶⁰⁰ La décision de la Cour, qualifiable de médiate suivant sa logique souvent appliquée d'une dérogation possible à la condition de respecter une stricte proportionnalité, va être appliquée aux différents cas français concernant leurs tarifs réglementés.

Le cas français témoigne de la difficulté de sortir de ce système de réglementation des prix. Conscient de la chicane pour les usagers, le législateur a tenté une approche progressive de la convergence des prix à l'aide de la loi dite NOME, pour nouvelle organisation du marché de l'électricité.⁶⁰¹ Promulguée en 2010, elle prévoyait la disposition suivante : « *dans un délai s'achevant au plus tard le 31 décembre 2015, les tarifs réglementés de vente d'électricité sont progressivement établis en tenant compte de l'addition du prix d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, du coût du complément à la fourniture d'électricité qui inclut la garantie de capacité, des coûts d'acheminement de l'électricité et des coûts de commercialisation, ainsi que d'une rémunération normale.* » Pourtant, à la fin de l'année 2018, 77% des ménages français sont encore abonnés aux tarifs réglementés de l'électricité. Le droit européen ne fermant pas totalement la porte à la réglementation, une nouvelle fois une sorte de système hybride voit le jour. Le Conseil d'État dessine en filigrane ce système dans sa décision *Engie et ANODE* en 2018⁶⁰². En reprenant la grille de lecture de l'arrêt *Federutility*, la Haute juridiction considère que garantir un prix raisonnable par un tarif réglementé est « *une entrave au développement de la concurrence* »⁶⁰³. Néanmoins, la recherche d'une stabilité des prix plus importante que la volatilité du marché constitue un objectif qui peut justifier ces tarifs réglementés.⁶⁰⁴ Ces derniers doivent cependant faire l'objet d'un réexamen périodique, tant sur leur montant que leur nécessité, condition qui n'était pas remplie en l'espèce.⁶⁰⁵

La réglementation des prix de l'énergie n'a donc pas vocation à disparaître dans l'immédiat, puisqu'un système livré au jeu du marché ne semble pas encore viable du fait de l'absence de garantie de prix stables pour l'utilisateur. Encore une fois, le système européen prévu initialement n'est pas abouti, voire ne semble pas pouvoir aboutir. Il est inconcevable actuellement de penser à une disparition des tarifs réglementés au détriment d'utilisateurs français en demande de garantie.

⁶⁰⁰ CJUE, 20 avril 2010, aff. C-265/08, *Federutility*, 47, *op. cit.*

⁶⁰¹ Loi n°2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité

⁶⁰² CE, ass., 18 mai 2018, Société Engie et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE), n°413688 et 414656, Lebon. Comm. C. Boiteau et P. Geoffron RFDA 2018 p686

⁶⁰³ En ce sens, la précédente décision *ANODE*, CE, 19 juillet 2017, n°370321, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie, Dalloz actualité, 21 juillet 2017, obs. M-C de Montecler ; Lebon ; AJDA 2017. 1879, chron. G. Odinet et S. Roussel.)

⁶⁰⁴ Décision préc. Pt 22

⁶⁰⁵ Décision préc. Pt 25

Pour une partie de la doctrine, « *les consommateurs français ont ainsi vécu dans une “bulle de confort”. Ce qualificatif doit être reçu ici sans ironie : la vertu de modèle électrique des décennies d’après-guerre, et ce jusqu’à la fin du siècle dernier, est d’ainsi avoir mis à disposition du consommateur (citoyen) une électricité peu carbonée (tout du moins à partir du déploiement du programme nucléaire), aux prix abordables et stables.* »⁶⁰⁶ Cette protection est toujours recherchée par l’usager, surtout en ce qui concerne un bien que le Conseil d’État lui-même, notamment dans la décision *ANODE*, a qualifié de « *bien de première nécessité.* » L’État est la personne vers laquelle va se tourner le citoyen pour avoir ces garanties. « *Dans la tradition économique française, les consommateurs ont été habitués à penser que l’État est directement responsable de ces prix et à se tourner vers lui, en demande de protection, face à des hausses, et sans considération des évolutions fondamentales des marchés sous-jacents.* »⁶⁰⁷

La fragilité de la garantie de l’accessibilité aux services d’intérêt général par les usagers reste l’interrogation majeure du système promis par l’Union européenne et explique ce tâtonnement du droit français pour garder une part de maîtrise dans le fonctionnement des services publics. Mais cette protection n’était-elle pas l’essence même du rôle du service universel ? Il est possible de s’interroger sur son étonnante absence lors des débats et de l’expression de l’inquiétude des États face à un système libéralisé.

2§ Une protection complète soumise au déploiement du service universel

La perspective d’une éventuelle introduction d’un service universel reconfiguré doit se faire à la lumière d’une analyse : le fait que le service universel a une identité d’objectifs avec le monopole intégré tel qu’il était connu en France (A) et l’anticipation qu’il porterait de manière intrinsèque les éléments correcteurs qui font défaut aux systèmes français et européen proposés (B).

⁶⁰⁶ C. BOITEAU et P. GEOFFRON, Les tarifs réglementés de vente de l’électricité : enjeux et limites, RFDA 2018, p686

⁶⁰⁷ J.M. CHEVALIER, M. DEVERDET, P. GEOFFRON, L’avenir énergétique : cartes sur tabkes, Folio actuel, 2012 *cité par* C. BOITEAU et P. GEOFFRON, Les tarifs réglementés de vente de l’électricité : enjeux et limites, *Ibid*

1. *Des objectifs convergents*

S'il est vrai que le système monopolistique du secteur public français a pu connaître différentes explications au cours de l'histoire, les objectifs poursuivis par les nationalisations regroupaient au moins deux objectifs importants : les reconstructions d'après-guerre et un souci plus sociétal de cohésion sociale.⁶⁰⁸ L'interventionnisme et la tutelle de l'État permettaient les péréquations souhaitées dans le but de réaliser ses missions de service public. Mais effectivement, les politiques de libéralisation européennes de ces secteurs ont profondément déconstruit le système français. D'un autre côté, bien que misant sur le marché pour satisfaire les « *consommateurs de service public* », l'Europe tempère progressivement son dogmatisme pour également remplir les missions d'intérêt général.⁶⁰⁹

Cependant, il est clair que les prises de positions européennes fluctuantes et la jurisprudence évolutive de la Cour de Justice combinées aux modifications législatives timides et empreintes de sous-entendus pour maintenir un des instruments anticoncurrentiels en France créent également une situation inconfortable pour l'utilisateur. Les exemples dans le domaine de l'électricité sont nombreux, des associations de défense des consommateurs faisant notamment la remarque que trois hausses rétroactives de facture de l'électricité ont eu lieu pour les usagers en 2012, 2014 et 2016, car le Conseil d'État avait estimé par trois fois la hausse des tarifs réglementés comme insuffisante.⁶¹⁰

Pour répondre à cette demande de sécurité juridique, qui doit se lire de manière combinée avec la garantie de l'accessibilité au service, il peut être intéressant de constater que le système monopolistique répond à de nombreux objectifs identiques à celui du service universel, ce qui pourrait laisser entendre que ce dernier serait un élément de réponse intéressant à l'anxiété des usagers. Ainsi, le Professeur Martine Lombard explique que « *le principe même d'une propriété publique ne se justifie pleinement que dans l'idée que l'État est beaucoup plus qu'un*

⁶⁰⁸ Voir M. REFAIT, Le secteur public en France et B. DU MARAIS, Droit public de la régulation économique

⁶⁰⁹ L'acceptation, certes sous des conditions très strictes, des tarifs réglementés peut en apporter la preuve. Voir supra

⁶¹⁰ « C'était devenu une habitude. Quand un gouvernement estimait que la hausse du tarif réglementé de l'électricité allait amputer le pouvoir d'achat des ménages et le rendre impopulaire, il la refusait ou la modérait. Ce fut le cas en 2012 avec une augmentation de +2 % alors que la Commission de régulation de l'énergie (CRE), l'autorité en charge de la fixation des tarifs, préconisait +7 %. Ce fut encore le cas en 2014 quand la hausse fut d'abord reportée puis limitée à 2,5 % alors que la CRE demandait +5 % (...) Le gouvernement est alors contraint de publier un arrêté de hausse rétroactive du tarif réglementé d'EDF pour la période en cause. » <https://www.quechoisir.org/actualite-electricite-nouvelle-vague-de-factures-retroactives-n47096/>

gestionnaire d'actifs soucieux de dégager des profits ou des plus-values et qu'il poursuit prioritairement des objectifs d'intérêt général autres que patrimoniaux à des entreprises publiques »⁶¹¹ ou encore André Delion qui rappelle qu' « *il ne faut jamais oublier l'impératif final qui est une allocation des ressources apportant le meilleur avantage. Simplement dans une entreprise privée, l'évaluation de cet avantage est exclusivement monétaire et propre à cette entreprise ; alors que dans la sphère publique, elle peut prendre en compte les avantages ou désavantages monétaires d'autres agents économiques et aussi combiner des avantages monétaires avec d'autres avantages ou désavantages non monétaires, plus ou moins mesurables, mais qu'il faut tenter de mesurer, comme à la limite un gain de temps ou de sécurité ou de durée de vie.* » Ces intérêts non patrimoniaux sont clairement conciliables avec les objectifs du service universel. La directive de 2003 le définissait de la manière suivante : « *Un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances particulières, à un prix abordable.* »⁶¹² Alors qu'il est notamment rappelé par certains auteurs la peur qui peut naître de la libre concurrence quant à l'accessibilité des services⁶¹³, le service universel apparaît comme l'instrument qui permettrait d'apporter une véritable garantie et une protection des intérêts de l'utilisateur, ce que pouvait faire le monopole à l'époque du secteur public.

Le service universel peut donc apparaître comme un élément permettant de rassurer l'utilisateur, évidemment si ses extensions matérielle et temporelle sont réelles et efficaces.⁶¹⁴ Mais en tout cas, l'instrument permettrait de réaliser l'objectif d'accessibilité. C'est d'ailleurs à ce propos qu'il est important de constater l'absence de la mention de la notion au cours des actuels débats autour de la mise en concurrence.

2. L'absence du service universel dans les débats

Les injonctions européennes de libéralisation se maintiennent et la France continue d'adapter progressivement son droit, ce qui aboutit, eu égard aux compromis des deux parties, à une

⁶¹¹ M. LOMBARD, Les conséquences juridiques de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire, Les contraintes du droit de la concurrence, RFAP 2007/4, 124, p573 et s.

⁶¹² Livre vert de la Commission sur les SIG du 21 mai 2003, COM (2003)270

⁶¹³ « *Si l'on laisse jouer la concurrence, cela veut dire qu'il y a beaucoup de gens qui ne pourront plus payer l'électricité dans les régions isolées* » C. Stoffaës, « Reprendre l'initiative et forger des alliances in P. BAUBY et J-C BOUAL (dir.), Les services publics au défi de l'Europe, Les éditions ouvrières, 1993, p95

⁶¹⁴ Voir infra, Chapitre 3

situation complexe, fragile, faite d'inconstances et à une sécurité juridique à la limite de l'inexistence. Autrement dit, le contraire de ce que peut attendre l'utilisateur français en quête de stabilité et qui sort d'une période où les monopoles lui apportaient ces différentes garanties. Claudie Boiteau et Patrice Geoffron rapportent d'ailleurs que « *les travaux de Daniel Kahneman et Amos Tversky mettent en avant qu'un individu évalue les conséquences de référence (ici le tarif réglementé de vente) et qu'il a une aversion aux pertes, signifiant qu'il est plus sensible à un changement négatif par rapport à la référence qu'à un changement positif de la même ampleur. Autrement dit, afin que le consommateur quitte, à l'appui d'un choix rationnel, le tarif réglementé, il doit percevoir clairement un gain, relativement à cette situation de référence, et ne pas craindre une perte, même de moindre amplitude.* »⁶¹⁵

Le service universel aurait le mérite de clarifier totalement le débat, en assurant à l'utilisateur des conditions sereines de consommation par un filet de sécurité. En apportant la garantie d'un bien d'une qualité donnée à tous ou, si non individualisable, à une distance donnée, l'exigence de protection sera effective. Évidemment, l'utilisateur est plus ou moins satisfait en fonction de la hauteur de la barre que mettra le législateur, mais cela reste un choix politique ; juridiquement, cela apporterait stabilité et protection.

Mais en l'absence de l'utilisation de ce moyen, le législateur français continue d'utiliser différents stratagèmes pour conserver un poids dans les secteurs de service public, avec un certain nombre d'obligations de service public mais qui gagneraient en clarté pour l'utilisateur par l'intermédiaire du service universel. Quelques exemples peuvent être cités en ce sens : la loi *PACTE* portant diverses modifications de l'interventionnisme public instaure un cahier des charges et des obligations envers Aéroports de Paris en guise de protection.⁶¹⁶ À l'évidence, ces obligations garantissent le bon fonctionnement du service public malgré une privatisation. Cependant le choix de la privatisation d'Aéroports de Paris a entraîné un certain nombre de

⁶¹⁵ C. BOITEAU et P. GEOFFRON, Les tarifs réglementés de vente de l'électricité : enjeux et limites, *op. cit.*

⁶¹⁶ II.-L'Etat peut, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'aviation civile, de l'économie et du budget, mettre fin intégralement ou partiellement à la mission confiée à Aéroports de Paris par l'article L. 6323-2 du présent code si, en dehors d'un cas de force majeure, et après mise en demeure restée infructueuse, nonobstant l'application éventuelle des sanctions prévues à son cahier des charges :

« 1° Aéroports de Paris interrompt, de manière durable ou répétée, l'exploitation d'un aérodrome ;

« 2° Aéroports de Paris atteint, à deux reprises sur quatre exercices successifs, le plafond annuel de pénalités prévu à l'article L. 6323-4 ;

« 3° Aéroports de Paris commet tout autre manquement d'une particulière gravité à ses obligations légales et réglementaires ;

« 4° Aéroports de Paris est susceptible de ne plus pouvoir assurer la bonne exécution du service public du fait qu'elle ou son actionnaire de contrôle, au sens de l'article L. 233-3 dudit code de commerce, fait l'objet d'une procédure collective régie par le livre VI du même code ou de toute autre procédure équivalente ;

« 5° Une modification dans le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du même code, d'Aéroports de Paris intervient en méconnaissance des dispositions de son cahier des charges.

mécontentements, comme en témoigne la procédure de référendum d'initiative partagée prévue à l'article 11 alinéa 3 de la Constitution portant sur la proposition de loi suivante : « *l'aménagement, l'exploitation et le développement des aéroports de Paris-Charles-de-Gaulle, Paris-Orly et de Paris-Le Bourget revêtent les caractères d'un service public national au sens du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* », faisant ainsi obstacle à un nouveau mode de gestion. Une nouvelle fois, il est possible de percevoir le signe d'un système qui n'est pas encore fixé et efficace, entre l'ancien système français confondant secteur et service public, et le système européen manquant de considération pour des objectifs d'intérêt général. Les obligations de service public balisent les souhaits de l'État mais les garanties pour l'utilisateur, qui n'est finalement jamais cité dans ces obligations, ne le rassurent pas. Il serait intéressant d'imaginer une obligation de service universel, basée sur un critère de proximité, mais qui garantisse au citoyen français des aéroports accessibles et à une qualité donnée. L'utilisateur serait visé très clairement par les obligations et n'aurait pas à craindre une privatisation grâce au socle de services prévus. Les avantages du service universel seraient différents selon les secteurs mais réels. En ce qui concerne le domaine de l'électricité, il navigue également entre tarifs réglementés sous une épée de Damoclès et une libéralisation en balbutiement. Une directive européenne y impose le service universel, mais il est encore une fois intrigant de constater que le terme n'est jamais mentionné dans le Code de l'énergie. Une utilisation claire permettrait, à défaut de protéger plus l'utilisateur, au moins d'unifier un cadre et d'explicitier clairement la protection. Enfin, un dernier exemple d'une liste non-exhaustive peut être cité avec le secteur ferroviaire. Certains auteurs, dont le Professeur Benoît Plessix, ont considéré que la loi pour un nouveau pacte ferroviaire contient des éléments qui sont potentiellement anticoncurrentiels et donc susceptibles de ne pas convenir aux exigences européennes.⁶¹⁷ Une nouvelle fois, plutôt que de raisonner en termes de maintien plus ou moins aléatoire d'un secteur public facteur de grande insécurité juridique, le service universel pourrait apporter une protection s'il garantissait la proximité d'une gare ou encore une qualité donnée des services.

⁶¹⁷ « Il convient de s'inquiéter des choix opérés par le législateur dans la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire. Car si le législateur a choisi, par une mesure qui a fait un grand bruit médiatique et syndical, de sociétiser la SNCF, en transformant l'ancien établissement public en société anonyme de droit privé, il a par ailleurs maintenu des éléments fonctionnels de droit public qui pourraient ne pas convenir aux gardiens intransigeants du droit de l'Union européenne et de l'économie de marché. » B. PLESSIX, L'EPIC de nouveau en danger, *op. cit.*

Le service universel demande à être développé matériellement et donc à repenser son usage. Mais il porte sans doute en lui les germes d'un service d'intérêt général européen protecteur d'un système fragilisé par les quêtes dogmatiques.

B Les mécanismes correcteurs du service universel

1. *Un outil vers une conciliation de fond*

L'analyse des systèmes installés par la France et par l'Europe conduit à constater deux formes d'appréhension différentes de l'intérêt général, mais qui ont le point commun de posséder toutes deux des défauts que chaque partie fait remarquer à l'autre. D'un côté, le traditionnel système français qui fait le reproche à l'Europe d'ignorer le service public⁶¹⁸ et de l'autre, un système européen dénonçant la confusion du secteur public et du service public, et par la même l'opacité de la gestion de l'argent public.⁶¹⁹

Le temps des reproches mutuels n'est sans doute pas encore terminé mais il est possible de constater que les deux modèles recherchent un terrain d'entente, même involontairement, essayant de corriger leurs défauts. Le service universel porte en lui des caractéristiques propres qui concilient les deux systèmes, sans pour autant être plus utilisé. Ainsi, d'une part, lorsque le reproche est fait au système français de confondre secteur public et service public, c'est surtout le découpage clair des missions qui doivent être réalisées qui est visé : la puissance publique va disposer de l'institution par le biais de l'actionnariat, mais avec un but qu'il n'explique pas forcément, puisqu'il n'a pas besoin de se justifier. Sans ces précisions, les critiques quant au gaspillage de l'argent public naissent naturellement. Le contrôle des aides d'État liée à la jurisprudence européenne, né de la jurisprudence *Altmark* et des paquets Almunia et Monti-Kroes modifie le système. Le Professeur Anémone Cartier-Bresson explique en ce sens que « *la situation a évolué car la définition des finalités est devenue un enjeu à part entière, et, aujourd'hui, les acteurs publics se doivent de les expliciter. Le droit de l'Union européenne fait partie des facteurs d'évolution ayant favorisé cette tendance, notamment au travers du droit des aides d'État. En effet, ce dernier a poussé l'actionnaire public à prendre davantage en compte des considérations de rentabilité, en particulier s'il veut utiliser le critère de*

⁶¹⁸ « L'Europe n'instruit pas le procès du ou des service(s) public(s) ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence de services publics » CE, Rapport public, 1994, EDCE n° 46, p. 38

⁶¹⁹ « Il y a souvent confusion entre les termes "service public" et "secteur public" », Commission Européenne, Livre vert, 21 mai 2003

l'investisseur privé en économie de marché. »⁶²⁰ En ce sens, la définition d'obligations de service universel permet de définir clairement le but attendu de péréquations tarifaires. « *Le droit communautaire, pas plus que les règles internes du droit de la concurrence, n'exigent que ces missions de service public soient sacrifiées sur l'autel de la libre concurrence ; mais à condition qu'il s'agisse bel et bien de missions de service public !* ».⁶²¹ En permettant l'utilisation de méthodes de péréquations et d'aides publiques palliant les défauts d'une économie de marché tout en définissant clairement non seulement les moyens qui seront utilisés, mais aussi le but (l'accessibilité généralisée à un service), le service universel permet d'être un outil de convergence de fond des aides d'État et de la transparence financière.

D'autre part, si le système européen est plus connu pour avoir libéralisé les marchés et fait tomber les financements publics des services d'intérêt général, la doctrine reconnaît aujourd'hui un revirement politique vers d'autres objectifs moins patrimoniaux. Le Professeur Lombard souligne ainsi que « *les objectifs du contrôle ont aussi évolué au cours des années. Au départ, il s'agissait surtout de l'intégration du marché et de la lutte contre l'instauration de nouvelles barrières protectionnistes. Aujourd'hui, la Commission n'entend plus simplement censurer l'allocation des aides publiques les plus perturbatrices du marché, mais surtout orienter les aides vers des objectifs communs prioritaires, tels qu'accélérer la restructuration industrielle, moderniser les économies, encourager les transitions technologiques et environnementales, renforcer la cohésion territoriale ou encore lutter contre les déficits publics et retrouver la croissance.* »⁶²² De nouveaux objectifs pour les aides d'État qui forcément, induisent une nouvelle légitimation du rôle des autorités publiques et par la même des instruments qui lui permettent d'intervenir, comme le service universel.

2. *Un outil vers une convergence de forme*

Le démantèlement de ce qu'était le secteur public en France s'accompagne, dans chaque secteur, d'une réaction au cas par cas pour réussir la transition. La loi *NOME* est un exemple typique du passage progressif à l'économie de marché pour le secteur électrique, la loi *PACTE*

⁶²⁰ A. CARTIER-BRESSON, CE, Actes du colloque « Les entreprises publiques », *op. cit.*

⁶²¹ M. LOMBARD, Les conséquences de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire, Les contraintes du droit de la concurrence », *op. cit.*, p573-584

⁶²² *Ibid.*

suit également ce modèle sous un aspect multisectoriel, la loi *Pour un nouveau pacte ferroviaire* construit peu à peu le cadre du marché libéralisé.

Règlementations, statuts hybrides... chaque secteur semble s'adapter progressivement à une économie de marché. Mais le maintien des instruments anticoncurrentiels reste le moyen privilégié pour s'y adapter peu à peu : les tarifs réglementés sont maintenus à la faveur d'une censure par le Conseil constitutionnel des articles relatifs à leur suppression dans la loi *PACTE*⁶²³ ; la SNCF se sociétise mais conserve des éléments de droit public. Les exemples d'instruments d'interventionnisme sont finalement toujours présents dans ces différentes dispositions censées harmoniser le marché français avec les volontés européennes.

Devant la multiplicité de ces instruments, il est permis de penser que le service universel peut être un élément de repère pour les usagers. En effet, si la sécurité juridique des instruments utilisés est souvent menacée de non-conformité avec le droit de l'Union Européenne, le service universel permettrait à l'utilisateur d'avoir quelques certitudes dans un contexte où ces dernières sont souvent plus que menacées en termes de service public. L'élément de repère pour l'utilisateur serait la certitude de la consommabilité d'un service ou de sa proximité. De plus, outre le côté rassurant pour le citoyen, coiffer ces services d'intérêt général d'une mission de service universel offre enfin un objectif et une justification aux différents moyens utilisés pour maintenir l'interventionnisme public.

À ce titre, le service universel postal peut être cité comme un exemple -presque- idéal. La loi de 2010 impose à La Poste « *au moins 17 000 points de contact répartis sur le territoire français* »⁶²⁴. Elle garantit donc la protection pour l'utilisateur de l'objectif de maillage territorial. Le seul élément qui aurait pu protéger davantage l'utilisateur aurait été une disposition claire sur la proximité des points de contact. Néanmoins le secteur postal tend à démontrer qu'il est l'exemple que le service universel peut être un élément de stabilité pour un utilisateur de service public vivant au gré de l'insécurité juridique des instruments nationaux face au droit européen.

CONCLUSION CHAPITRE I

⁶²³ Article 213 et s., censurés par Décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019

⁶²⁴ Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, JORF n°0034 du 10 février 2010 page 2321

La libéralisation totale du secteur public aujourd'hui en France n'est clairement pas achevée. De fortes remises en cause ont eu lieu concernant l'existence de ce secteur public, notamment liées à la dépense publique engendrée et à l'opacité du système, ce qui a conduit l'Union européenne à pointer du doigt ce type de gestion.

Mais il faut constater que la France n'a pas réellement décidé de libéraliser en tout point son marché. Plusieurs exemples peuvent être cités à l'instar du maintien de l'étroit contrôle de l'État sur Aéroports de Paris et la Française des Jeux, la survie du maintien des tarifs réglementés, ainsi que l'existence de l'EPIC qui permet de maintenir un opérateur économique dans le secteur public, en lui appliquant certes un régime de droit privé, mais en maintenant les garanties de l'État, qui ne disparaît pas. Ces différents éléments laissent penser que l'État freine le passage à une libéralisation totale de ses marchés du secteur public.

Si l'étape de la libéralisation plus claire du secteur public n'est pas encore franchie, cela tient sans doute au fait que le système est rassurant. Il comporte naturellement des défauts précités, mais l'accessibilité et la garantie qu'offre le secteur public ne se retrouvent pas dans un secteur européen libéralisé anxiogène pour des usagers vulnérables.

Un système hybride peut fonctionner avec le service universel étendu dans son application. Tout en libéralisant le secteur, il confère l'accessibilité nécessaire et donc un filet de sécurité pour l'utilisateur. La valeur de ce service universel doit être fixée politiquement, mais il peut calmer l'aspect anxiogène d'une ouverture à la concurrence tout en garantissant la transparence et la concurrence nécessaires pour corriger les effets pervers du système français.

Faire vivre le service universel dans le cadre d'un marché libéralisé sous l'empire du droit européen a, dans l'esprit des textes, de nombreux avantages : la fin de l'opacité de la gestion monopolistique ou encore une maîtrise plus précise des deniers publics. Mais parvenir à cet objectif entraîne nécessairement un certain nombre d'exigences.

D'une part, le corollaire de ces objectifs est naturellement la transparence. Théoriquement, c'est un bouleversement : le « service public à la française » se défait de son opacité et applique la théorie des facilités essentielles (Section 1).

D'autre part, la reconfiguration d'un service universel ambitieux doit se faire à l'aune d'une confiance entre toutes les parties. D'abord entre l'Europe et les opérateurs, dont le cadre juridique aujourd'hui permet de manière claire et transparente le financement des obligations de service universel. Ensuite, et surtout, l'État doit de nouveau s'engager auprès des usagers, par sa qualité de puissance publique, pour fixer un socle normatif ambitieux pour le service universel (Section 2).

Section 1 : Les fondements d'un renouvellement de la transparence

Devant les exigences européennes d'un marché unique mais également d'un déficit public contenu⁶²⁵, le droit européen et la jurisprudence de la Cour insistent sur la notion de transparence de l'utilisation des fonds publics. Il faut se défaire d'une antinomie avec les obligations de service public et y voir ici un apport que ne connaissait pas, peu ou mal le droit français des services publics avant la mise en concurrence. Le fondement de ce renouvellement est d'abord théorique avec un service universel qui ne serait pas simplement une monnaie d'échange contre la libéralisation, mais un point d'équilibre stratégique entre deux visions de l'intérêt général (1§). Dans cette opération de reconfiguration, il fallait également renouveler les organes qui composent le paysage des services publics. Cette recomposition a déjà été bien amorcée par l'avancement de l'ouverture à la concurrence et l'apparition des autorités de contrôle (2§).

⁶²⁵ Voir Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II

En premier lieu, la question pourrait se poser de savoir si un service universel ambitieux ne serait pas une véritable révolution de la pensée et de la théorie du service public du fait de son degré d'exigence pour un socle. La hauteur de l'ambition est fixée par des choix politiques mais de manière très théorique, les fondements de cette possibilité sont déjà construits. En communiquant sur le fait que l'existence du service universel est une contrepartie à la libéralisation, l'Europe et les États membres conviennent que le service universel est le point d'équilibre entre obligations de service public et concurrence (A). L'effort de recherche d'une théorie rendant imaginable un marché ouvert là où les monopoles naturels semblaient s'imposer existe déjà, à travers l'idée des facilités essentielles (B).

A L'intégration du service universel dans les secteurs soumis à la concurrence

1. *Écarter les doutes sur l'opportunité du service universel*

S'il n'y a pas eu ces expansions temporelle et matérielle du service universel qui, pour sa part, est finalement resté cantonné à un nombre et une qualité qui peuvent être qualifiés de négligeables dans les paysages des SIEG, cela peut être tout simplement dû au fait que les décideurs n'y trouvaient pas d'opportunités ou d'avantages.

Tout d'abord, l'Europe elle-même ne croirait pas fondamentalement en cette notion. Pour plusieurs auteurs qui ont analysé l'apparition du service universel, son émergence ne trahissait pas une vocation ou une croyance sociale subite de l'Union européenne, mais elle n'était qu'une « *caution morale* ». ⁶²⁶ L'Union est construite sur les bienfaits de l'économie de marché ⁶²⁷ : miser sur le développement des services publics au mépris de l'économie générale des traités européens ⁶²⁸ aurait semblé incongru. Une prise de position commune européenne sur le plan social qui affecterait, qui plus est, la libre concurrence met déjà en exergue le fait que le service universel n'avait absolument pas le cadre propice pour se développer.

⁶²⁶ M. LONG, Tarifications, accessibilité, les enjeux sociaux des services d'intérêt économique général, *Energie – Environnement – Infrastructures* n°10, Octobre 2016, dossier 27 : « Appréhendée comme une contrepartie à la libéralisation, cette notion a servi à bien des égards comme caution morale de l'Union européenne. »

⁶²⁷ Voir supra

⁶²⁸ Hormis peut-être le protocole n°26

Le volet plus social du traité de Lisbonne et de son protocole 26 s'est fait sous l'influence notamment des Pays-Bas, mais consiste à donner plus de latitude aux États concernant l'appréciation de leurs SIEG ce qui, à bien y réfléchir, n'est finalement qu'une insertion normative peu satisfaisante dans l'idée d'une avancée commune de l'Union européenne pour une garantie d'un socle de service public. Certains pays semblaient mieux placés pour faire évoluer la protection pour le consommateur par le biais du service universel. Si l'on prend l'exemple de la France, peut-être l'État qui aurait été le plus susceptible de placer cette demande au regard des critiques qu'elle a formulées envers la politique européenne concernant les services publics, elle ne semble pas non plus avoir trouvé opportun un développement du service universel. Là encore, la France a peut-être estimé que le système de garantie des lois du service public était suffisant pour ses usagers.⁶²⁹

Finalement, du côté de Bruxelles comme du côté de Paris, personne n'a ressenti le besoin de s'investir dans le service universel car personne n'y voyait son intérêt. Il est aujourd'hui actif et en vigueur dans les secteurs précités, mais aussi avec toutes les insuffisances qui ont été soulignées.

Or le service universel peut révolutionner l'accessibilité aux services d'intérêt général en étant étendu. Rejeté par les différentes parties prenantes, il conviendrait de le voir à une autre lumière :

- Une notion qui ne remettrait pas réellement en cause la concurrence non-faussée au sein de l'Union européenne,
- Une notion qui apporterait une réelle valeur ajoutée de transparence et de clarté dans le droit public français de la concurrence en sus des lois de Rolland,
- Un élargissement de la notion qui, juridiquement, pourrait être mis en place avec des outils qui existent déjà, notamment les autorités administratives indépendantes chargées de la surveillance du marché⁶³⁰.

En d'autres termes, le bond social européen pourrait être important et ne rognerait pas sur les idéologies. En ce sens, l'insertion du service universel se ferait par des dispositifs juridiques qui sont déjà en place dans les secteurs qui lui sont soumis.

⁶²⁹ « La notion de SIEG apparaît ainsi beaucoup moins protectrice que la notion de service public qui comporte de manière intrinsèque un enjeu social fort. » M. LONG, Tarifications, accessibilité, les enjeux sociaux des services d'intérêt économique général, *op. cit.*

⁶³⁰ Voir infra

2. Concilier les systèmes pour les renchérir

Intégrer le service universel dans le secteur concurrentiel permet de trouver une conciliation qui permet à la fois de résoudre le problème de l'accès d'une catégorie d'utilisateurs exclus dans un cadre libéral, ainsi qu'une partie de la doctrine économiste a pu le formuler⁶³¹, tout en permettant d'accroître la transparence et la clarté de l'utilisation financière de l'argent public et d'empêcher une concurrence faussée.

Il semble de toute manière que seules ces exigences de clarté et de transparence pouvaient convenir en droit européen.⁶³² Ces exigences européennes protègent aussi l'utilisateur français qui n'était pas forcément habitué à elles.⁶³³ Ainsi, la sécurité juridique ne semble être optimale pour l'utilisateur que lorsque la loi chiffre clairement fréquence et présence postale. Le service universel sécurise la libéralisation des monopoles français par des canaux parfois plus protecteurs car plus lisibles que le service public français traditionnel. Naturellement, et l'enjeu est ici, il reste beaucoup à faire pour bâtir le service universel comme notion-cadre. Outre le fait qu'il ne couvre que peu d'activités et pas suffisamment, même cette clarté évoquée est parfois remise en cause.⁶³⁴

Ces carences seraient intéressantes à pallier, car le service universel pourrait être à la croisée des chemins de deux politiques qui, inexorablement, se rapprochent l'une de l'autre. Depuis l'Acte unique européen, l'Europe intègre peu à peu un vocabulaire moins concurrentiel et libéral lorsqu'elle évoque ses services d'intérêt général : d'abord avec les arrêts *Corbeau* et *Commune d'Almelo* jusqu'à la reconnaissance des SIEG dans le Traité de Lisbonne. Et le temps de l'exception du service public « à la française » s'éloigne aussi, et pas simplement sous l'influence des traités ou de la jurisprudence européenne, mais également de la jurisprudence administrative depuis la fin du XX^{ème} siècle qui fait entrer le Conseil d'État dans une « *logique néo-libérale* » obligeant « *la puissance publique [...] à respecter dans toutes ses manifestations*

⁶³¹ « L'ouverture à la concurrence présente un risque pour les consommateurs puisqu'elle peut conduire à ce que les nouvelles firmes concentrent leur activité sur les segments les plus rentables du marché et ne soient alors présentes que sur certaines zones géographiques (...) Afin d'éviter que la concurrence aboutisse à l'exclusion d'une partie des usagers et/ou dégrade le niveau de qualité du service proposé, les autorités de régulation imposent des obligations de service universel (OSU). B. FRANCK, N. LE PAPE, S. KADHOOGNON OUATTARA, Ouverture à la concurrence et obligations de service universel, *Revue d'économie industrielle*, 147, 3^{ème} trimestre 2014, p87 et s.

⁶³² Autant en ce qui concerne l'article 106§2 du TFUE que son interprétation par la CJUE lors de la décision *Altmark* qui démontre cette exigence de clarté et de transparence.

⁶³³ Voir supra.

⁶³⁴ Par exemple en termes de marché intérieur de l'électricité, il a été souligné que « l'affirmation de service universel revient de façon incantatoire sans que la notion de prix abordable ne soit définie. » M. LONG, Tarifications, accessibilité, les enjeux sociaux des services d'intérêt économique général, *op. cit.*

[le droit de la concurrence]. »⁶³⁵ Le temps de l'opposition idéologique est donc peut être révolu et le service universel pourrait avoir le mérite d'être le point d'équilibre de cet accord, comme l'ont déjà aperçu une partie des auteurs ayant étudié le rapprochement des deux systèmes.⁶³⁶

Dès 2008, Didier Truchet avait évoqué la possibilité de remplacer la sémantique française par l'europpéenne. Il n'y avait sans doute pas qu'une question de lexique derrière ces idées mais sans doute également le souhait de mener une réflexion pour obtenir un jour une conciliation parfaite entre l'Europe et la France des services d'intérêt général.⁶³⁷

Repenser le service public obligeait à repenser un des grands fondements sur lequel s'était appuyé la France pour développer ses entreprises publiques : le monopole naturel. Aujourd'hui, le basculement s'est fait vers la théorie des facilités essentielles, conciliant l'obligation naturelle de réseau unique avec des opérateurs multiples.

B La théorie des facilités essentielles

1. *L'adoption de la théorie des facilités essentielles en France*

Le service public français et les grandes entreprises du secteur public qui l'ont accompagné depuis la Libération semblaient ne raisonner que par la théorie du monopole naturel, qu'AT&T avait défendu aux États-Unis en évoquant « son » service universel.⁶³⁸ Mais ce modèle anticoncurrentiel ne pouvait pas être transposé à l'aune du droit européen. Lorsque l'Acte unique européen va enclencher l'accélération de la mise en concurrence des entreprises du secteur public, la théorie du monopole naturel ne pouvait plus s'appliquer, ou en tout cas, elle

⁶³⁵ La décision qui illustre le plus cette transition est peut-être CE, 3 novembre 1997, Société Yvonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais. Antoine Siffert décrit dans sa thèse la connexion du service public et du libéralisme, notamment dans ce passage à travers la jurisprudence administrative de *Société Million et Marais* puis *Ordre des avocats au barreau de Paris*. A. SIFFERT, *Libéralisme et service public*, Droit, Université du Havre, 2015, NNT : 2015LEHA0022 tel-01820605, p370 et s.

⁶³⁶ En ce sens, Jean Sirinelli observe dans sa thèse que « l'émergence du service universel témoigne de la prise en considération accrue des exigences du service public au niveau européen ; développé dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des entreprises de réseau, le service universel apparaît comme un instrument de garantie de l'objectif de cohésion économique et social que le passage d'un marché monopolistique à un marché concurrentiel risque de mettre en cause. Malgré les origines ambiguës de cette notion, lesquelles ont pu justifier la réserve d'une partie de la doctrine, celle-ci témoigne du rapprochement des droits français et communautaire. » J. SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2011, p267 et s.

⁶³⁷ D. TRUCHET, *Renoncer à l'expression « service public »*, AJDA 2008, p553

⁶³⁸ Voir infra, Chapitre I

perdait de son sens. Pourtant, l'impossibilité ou l'incohérence de dupliquer des réseaux, par exemple ferroviaires, semble tout à fait logique. Partant, sur quel nouveau fondement théorique peut s'appuyer l'Union européenne pour imposer une libéralisation de ce secteur public ?

Il y a un changement de paradigme clair avec la fin des grands monopoles publics français et un renouvellement du fondement théorique l'accompagne nécessairement. C'est ici que la théorie des facilités essentielles va prendre toute sa place en Europe et va commencer à s'imposer peu à peu en France pour se substituer à celle du monopole naturel. Loin d'être une nouveauté européenne, cette théorie semble s'ancrer dès le début du XX^{ème} siècle dans l'économie américaine et dans son droit antitrust, imposant l'accès à ces ressources non duplicables à toute entreprise concurrente, évitant ainsi l'abus de position dominante d'une entreprise.⁶³⁹ Aujourd'hui, cette théorie supprime les anciennes considérations, et par la même les constructions, des services d'intérêt général en Europe.

La doctrine française a souligné cette transformation du fondement théorique qui guide l'économie des services publics, comme Robert Kovar qui observe que « *le démantèlement des monopoles publics existant dans les industries de réseaux et la libération de l'exercice de ces activités se sont traduits par des dispositions communautaires introduisant diverses restrictions à l'usage exclusif de certaines infrastructures par leurs propriétaires dans la ligne du principe du "réseau ouvert" ("open network"). Ces restrictions sont en rapport avec la notion de "facilités essentielles".* »⁶⁴⁰

⁶³⁹ United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 U.S. 383 (1912). En ce sens, C. CASTETS-RENARD, Droit d'auteur – Droit d'auteur, droits voisins et traités, Répertoire de droit européen, §4, point 54, Dalloz, 2014 (actualisation 2019). « *La théorie des facilités essentielles, propre au droit de la concurrence, trouve son origine en droit américain de l'antitrust, dans la décision United States V. Terminal Railroad Ass. Datant rendue par la Cour suprême, le 22 avril 1912 (224 US 383 [1912]). Elle repose sur le principe suivant : quand l'accès à une ressource est essentiel pour pouvoir opérer sur un marché, le propriétaire de cette facilité peut, dans certaines circonstances, être obligé de le garantir aux opérateurs. Ainsi, il faut parfois contraindre un opérateur économique à laisser les concurrents accéder à un équipement incontournable qu'il détient. La « facilité essentielle » peut être constituée par une infrastructure ou un équipement, comme une installation portuaire ou une hélistation, voire un produit ou un service. Les droits de propriété intellectuelle se sont également vus investir par la théorie des facilités essentielles.* »

⁶⁴⁰ R. KOVAR, Répertoire de droit européen, Section 5, Art. 1, §1, p.121, Dalloz. En ce sens également, Krisztian Kecsmar souligne également que « *L'idée de l'ouverture totale mais graduelle à la concurrence de tous les réseaux était de permettre l'arrivée de nouveaux acteurs (opérateurs alternatifs) sur un marché jusque-là dominé par les opérateurs historiques, c'est-à-dire dans la plupart des cas, les anciens monopoles étatiques qui étaient titulaires de droits spéciaux ou exclusifs. La libéralisation s'est fondée sur une concurrence au niveau des services et non plus sur une concurrence au niveau des réseaux et s'est accompagnée d'un régime d'accès sur le réseau des opérateurs historiques seuls propriétaires de ces facilités essentielles.* » K. KECSMAR, Quel avenir pour le secteur des communications électroniques dans l'Union européenne ?, RMCUE, 2007, p197.

Du fait de la nouvelle prééminence de cette théorie, beaucoup d'auteurs ont apporté une définition et une réflexion sur son régime juridique. Celle de Benoît Delaunay rappelle tout d'abord que « *facilités essentielles* » est « *un terme anglo-saxon emprunté à la jurisprudence américaine sur les « essential facilities* ». Il les définit « *comme les infrastructures, biens ou services détenus par une entreprise en position dominante, qui ne sont pas aisément reproductibles, et dont l'accès est indispensable aux concurrents pour exercer leur activité sur le marché concerné* » et que « *selon [cette] théorie, dès lors qu'une personne publique est propriétaire sur un marché d'une installation de ce type, elle se trouve dans l'obligation d'offrir à ses concurrents un accès à cette dépendance dans des conditions équitables et non-discriminatoires. [...] En d'autres termes, les facilités essentielles constituent un moyen de régler en amont la question de l'ouverture des réseaux à la concurrence en contraignant une entité qui possède ou contrôle une infrastructure essentielle à coopérer avec ses concurrents en leur fournissant un accès sans discrimination.* »⁶⁴¹ Pour identifier une facilité essentielle, il met en exergue deux critères de la jurisprudence européenne : un « *critère vertical* » correspondant au « *caractère indispensable à l'exercice de l'activité économique ainsi que le « critère horizontal* » qu'est « *l'absence de substitut réel ou potentiel à l'infrastructure* ». ⁶⁴² L'application de ces deux critères en droit interne va créer litiges et bouleversements dans le paysage économique et juridique français.

2. *L'adaptation de la théorie des facilités essentielles*

L'utilisation du nouveau fondement théorique basé sur les facilités essentielles a entraîné une conciliation délicate et litigieuse avec le droit français. En effet, la mise en concurrence de ces grands services publics allait entraîner la présence de plusieurs opérateurs sur le même réseau, tel que le prescrit le droit européen. Or, à première vue, il était difficile de concevoir, pour les entreprises historiques mais aussi pour les juristes, cette obligation d'ouvrir les réseaux : cela entraînerait notamment une atteinte à la liberté contractuelle et au droit de propriété. De nombreux auteurs se sont alors interrogés sur l'applicabilité des facilités essentielles en conciliation avec ces principes. Marie-Anne Frison-Roche indique par exemple clairement que « *La liberté de contracter est contrariée. Elle le sera si un régulateur, au titre du droit d'accès, oblige le gestionnaire à proposer au tiers de contracter [...]. Elle le sera tout autant si l'autorité*

⁶⁴¹ B. DELAUNAY, Droit public de la concurrence, LGDJ, 2015, p413 et s.

⁶⁴² *Ibid*

*de la concurrence pose que celui qui refuse d'être cocontractant est titulaire d'une facilité essentielle, son refus de contracter cristallisant un abus de position dominante.*⁶⁴³ »

Ces questionnements ont conduit inévitablement certains de ces monopoles historiques devant les juridictions. France Telecom a notamment dû modifier ses pratiques qui ne correspondaient pas aux exigences de cette théorie. La chambre commerciale de la Cour de cassation a notamment estimé que ses listes d'abonnés étaient une facilité essentielle, et se devaient donc d'être communicables, et ce à des tarifs raisonnables et non discriminatoires, aux concurrents.⁶⁴⁴

De même, le Conseil de la concurrence avait relevé un abus de position dominante en l'absence d'accès garanti par France Télécom à ses concurrents pour la fourniture de service Internet.⁶⁴⁵

Pour les monopoles historiques en France, ce changement de paradigme vient qualifier d'abus de position dominante ce qui n'a été pendant de nombreuses années que le schéma classique du service public à la française. La jurisprudence tempère néanmoins les craintes qui entouraient la liberté contractuelle et le droit de propriété, en encadrant l'identification d'une facilité essentielle par des critères objectifs, comme l'interprétation assez stricte de la possibilité de dupliquer la facilité essentielle.⁶⁴⁶

⁶⁴³ M-A FRISON-ROCHE, Obligation de contracter : facilités essentielles, Lextenso, Revue des contrats, n°2, avril 2006, p357. En ce sens également « *La théorie des facilités essentielles peut conduire à obliger une entreprise à offrir aux opérateurs concurrents un droit d'accès direct à une installation qu'elle détient. Parce qu'elle porte gravement atteinte au droit de propriété et à la liberté contractuelle, la jurisprudence entend soumettre l'accès direct à la preuve d'une absence d'alternative satisfaisante.* » G. FRANCOIS, L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposé par la théorie des facilités essentielles - . – Cass. com., 12 juillet 2005 in La Semaine juridique Entreprise et Affaires n°47, 24 novembre 2005, 1700. Encore, « la théorie des infrastructures essentielles [...] peut entrer en conflit avec la liberté contractuelle car l'obligation de mise à disposition de l'infrastructure essentielle aux concurrents peut être vue comme un "contrat forcé" entre les parties en présence. [...] Elle peut contredire le droit de propriété en dépouillant l'opérateur historique d'éléments de sa patrimonialité : d'une certaine façon, les effets économiques d'une obligation pour les entreprises de fournir à des opérateurs des services indispensables, dans des conditions qu'ils ne peuvent pas déterminer, équivaldraient à une expropriation. » B. DELAUNAY, Droit public de la concurrence, *op. cit.*, p417 et s.

⁶⁴⁴ Cass. com., 4 décembre 2001, France Télécom c/ Sté Lectiel et autre, 99-16.642, *obs.* M. Malaurie-Vignal, note E. CLAUDEL, Théorie des facilités essentielles : lorsque le droit de la concurrence veille à la facilité commune, la liberté contractuelle... compte pour des prunes, RTD Com. 2002, Dalloz, p296. « Les fichiers commercialisés par France Telecom présentaient des caractéristiques d'exhaustivité et de mise à jour permanente qui le rendaient incomparables, qu'aucun autre fichier disponible sur le marché n'était aussi important en taille, et que France Télécom, qui jouissait à l'époque considérée d'un monopole légal sur le marché des télécommunications entre points fixes, était la seule en mesure de fournir aux opérateurs la liste des abonnés au téléphone tenue à jour et expurgée des noms des personnes figurant sur la liste orange et safran. »

⁶⁴⁵ Cons. conc., 7 novembre 2005, France Telecom, *obs.* M-A Frison-Roche, Obligation de contracter : facilités essentielles, *op. cit.*

⁶⁴⁶ En ce sens, Cass. com., 12 juillet 2005, Sté Nouvelles Messageries de la presse parisienne (NMPP) c/ Sté Messageries lyonnaises de presse, 04-12. 388, « En se déterminant par de tels motifs impropres à établir que des solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses que celles dont bénéficient les NMPP, ne pourraient être mises en œuvre par les MLP qui avaient admis devant le Conseil être en mesure

Pour Sophie Nicinski, il s'agit d'une preuve supplémentaire de l'imprégnation du droit administratif par le droit de la concurrence, dont elle souligne les avantages en termes de transparence⁶⁴⁷. Par cette adaptation du droit français à la théorie des facilités essentielles, le service universel est possible dans les secteurs soumis à la concurrence. L'Union européenne exige cette ouverture dans le cadre des traités, et le service universel apporte le socle de service d'intérêt général protégeant l'utilisateur. Cette protection européenne s'insère donc dans une mutation européenne du marché. Le renouvellement d'un fondement théorique économique des services d'intérêt général aussi important devrait être accompagné par un parallélisme d'un renouvellement des garanties pour l'utilisateur du même ordre de grandeur.

Avec un service universel placé en point d'équilibre de l'ouverture à la concurrence et des obligations de service public, et une théorie des facilités essentielles déjà expérimentée et appliquée, le fondement théorique d'un service universel revu à la hausse est déjà viable juridiquement et il apporte des garanties de transparence qui ne peuvent être que souhaitables. Cette transparence s'accompagne d'une nécessaire égalité chez les nouveaux concurrents, qui ne pouvait être envisagée que grâce à l'apparition de nouvelles entités sur le marché.

2§ Le service universel et le renouvellement organique des institutions

La reconstruction d'un paysage permettant l'ouverture du marché dans des conditions égalitaires et protectrices des obligations de service public doit laisser place à de nouveaux acteurs : les premiers sont évidemment les concurrents (A) et les seconds sont les autorités qui surveilleront ce marché (B). Mais au même titre que le fondement théorique, la plupart de ces acteurs ont déjà pris leur place depuis les différentes ouvertures à la concurrence.

matériellement et financièrement de concevoir un logiciel équivalent à Presse 2000 et avoir mis en place un logiciel qui leur permettrait d'adapter les quantités livrées au réseau et de communiquer avec ce dernier, et faute par conséquent de constater que le tronc commun du logiciel Presse 2000 serait indispensable à l'exercice de l'activité des MLP, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision » note G. François, L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposé par la théorie des facilités essentielles, *op. cit.*

⁶⁴⁷ Sophie Nicinski note ainsi que « Le droit administratif est peu à peu gagné par le vocabulaire, les méthodes d'analyse et surtout par les impératifs du droit de la concurrence » voyant cela comme un « enrichissement du droit administratif ». « L'application du droit de la concurrence conduit à imposer une procédure de passation transparente avec mise en concurrence là où en droit administratif rien ne l'impose. » S. NICINSKI, Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles, La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales, n°44-45, 29 octobre 2007, 2287.

1. *La nécessité d'une séparation horizontale*

Permettre à la concurrence de pénétrer un marché conduit inexorablement au fait de totalement reconstruire la physionomie qu'il avait. Nécessairement, souhaiter la concurrence correspond au désir de voir se démultiplier les entités présentes sur ce marché. Juridiquement, l'opération sera bien plus complexe que le simple ajout d'une société nouvelle au registre du commerce pour l'entrée dans le secteur. Les monopoles qui ont été ouverts à la concurrence ont dû être recomposés, notamment en ce qui concerne leurs facilités essentielles. La difficulté est la suivante : établir une réelle concurrence qui sera optimale pour l'utilisateur-consommateur ne peut se faire qu'au prix d'une égalité entre les firmes. Or, la possession de l'infrastructure essentielle, donc par définition unique car non duplicable, rend parfaitement insensée cette égalité pour les firmes qui n'en disposent pas. Ouvrir à la concurrence conduisait donc à séparer les différentes fonctions de l'entité pour pouvoir mettre en concurrence de manière équitable ce qui pouvait l'être.

Cette réorganisation a forcément conduit à redéfinir le rôle de l'État⁶⁴⁸, qui était le plus souvent le décideur de la firme monopolistique, du fait de l'intérêt général de l'activité. Il fallait que le droit trie les activités de l'État notamment celles qui pouvaient être mises en concurrence et donc pour lesquelles il ne devait pas y avoir d'avantage concurrentiel.⁶⁴⁹ Le Professeur Benoît Delaunay explique ainsi clairement que « *La législation européenne relative aux entreprises de réseaux vise également à ce qu'une entreprise n'ait pas la maîtrise du processus amont (production/fourniture) et aval (transport/distribution). Aussi, la gestion d'un transport ou de distribution est assurée par des personnes morales distinctes de celles qui exercent des activités de transport ou de fourniture.* »

⁶⁴⁸ Voir infra.

⁶⁴⁹ Toujours en ce sens, Benoît Delaunay explique que « Le processus d'ouverture concurrentielle des industries de réseau implique de réaliser plusieurs séparations si l'on veut s'assurer de l'effet utile des règles de concurrence. D'abord, il convient de faire le départ entre ce qui se rattache aux infrastructures essentielles – et présente donc des caractéristiques de monopole naturel – et ce qui relève du domaine concurrentiel et peut constituer un terrain de jeu historique pour les nouveaux entrants. En d'autres termes, il importe de distinguer les activités purement marchandes de celles d'intérêt général de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés. » B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, *op. cit.*, p410

2. La mise en place d'une séparation horizontale

De manière concrète, il fallait arriver à distinguer les différentes activités de l'entité monopolistique pour arriver à séparer ce qui relèverait de la concurrence de ce qui ne pourrait y être, notamment la gestion de l'infrastructure essentielle. Mais juridiquement, pour des monopoles dont tout le processus amont-aval était intégré depuis longtemps, la transition pouvait parfois sembler rude ou compliquée. L'adaptation à cette nouvelle manière de fonctionner a donc pu être progressive afin de permettre à ces firmes historiques d'avoir plus de temps. Concrètement, trois hypothèses juridiques étaient possibles : la séparation claire et définitive entre gestionnaire de réseau et entreprise de services d'une part, à défaut une opération de filialisation ou, en dernier recours, une séparation comptable.⁶⁵⁰

Cette mise en concurrence d'entreprises de service public s'est déroulée en France, entraînant donc le changement de physionomie du marché, tout au moins sur le plan juridique, attendu du droit européen. De cette manière, les mastodontes français devaient se recomposer pour laisser la place à plus de concurrence. Ce fut en partie le cas, mais à la vue de différents exemples, chez ces grandes firmes, il faut constater que la filialisation a été préférée au divorce forcé. Ainsi, pour EDF, il s'agit du choix qui a été appliqué. Des filiales du groupe assurent la gestion des réseaux électriques, sans en assurer la distribution. RTE (Réseau de transport d'électricité) et Enedis sont ces gestionnaires, ayant « *pour fonction d'acheminer l'électricité en assurant l'égalité entre l'offre et la demande.* » Le groupe a pris le soin de mentionner sur son site Internet que ces entreprises étaient « *gérées en toute indépendance.* »⁶⁵¹ En revanche, la mise en concurrence dans la distribution est, elle, effective. Là, EDF, se trouve sur le marché aux côtés d'autres opérateurs du secteur, tels que Total Direct Energie ou encore Engie. La composition du marché change donc avec une multiplication des acteurs mais elle n'a pas encore finalement totalement transcendé le groupe EDF, qui filialise réseaux et distribution, en toute indépendance, tel un marqueur du passé et de l'ancienne gestion des services publics. Un

⁶⁵⁰ « Afin de garantir l'accès non discriminatoire des opérateurs aux infrastructures, la Commission européenne comme les autorités nationales de concurrence recommandent prioritairement le transfert de la propriété des infrastructures essentielles à une entreprise distincte de l'opérateur de service, permettant ainsi d'éviter des situations de conflit entre les activités de l'opérateur historique (subventions croisées, etc.) et la confusion de la régulation et de l'exploitation. Dans l'hypothèse où une séparation patrimoniale n'est pas envisageable immédiatement, il est, en deuxième analyse, recommandé de filialiser les entités de l'opérateur historique qui assurent des activités différentes. En troisième et dernière analyse, il reste possible d'envisager – à titre transitoire seulement – une séparation fonctionnelle pour autant qu'elle s'accompagne nécessairement d'une séparation comptable. » B. DELAUNAY, Droit public de la concurrence, p410, *op. cit.*

⁶⁵¹ Site EDF : <https://www.edf.fr/groupe-edf/qui-sommes-nous/activites/transport-et-distribution>, consulté le 30/05/2020

cas de figure assez similaire se présente pour le cas de la SNCF, qui va garder un groupe à l'intérieur duquel coexistent le gestionnaire de réseau et l'opérateur au contact de l'utilisateur-consommateur, respectivement dénommés SNCF Réseau et SNCF Voyageurs.⁶⁵² Pour la première entreprise, la mission qui lui est attribuée est celle de « *Gérer, maintenir et développer le réseau ferré national, en donnant la priorité au réseau existant et plus particulièrement à l'Île-de-France* » lorsque la seconde « *propose à ses voyageurs des solutions de mobilité partagée et de porte à porte afin de répondre à leurs besoins en termes d'offre, de coût, de qualité de service et de respect de l'environnement.* »⁶⁵³ Enfin, le groupe La Poste concentre également différents types d'activités et là aussi une nécessité de clarté et de transparence est apparue sous l'influence des textes européens de mise en concurrence et de mise en lumière des financements publics. Ainsi pour le groupe, « *la comptabilité doit distinguer les activités bancaires et les activités postales et, au sein de ces dernières, les activités de service universel et les autres.* »⁶⁵⁴

Les structures se sont donc nécessairement multipliées pour laisser entrer une concurrence non-fauscée par le rôle de l'État. Mais au regard de ces stratégies de filialisation ou de séparation comptable, qui n'aboutissent finalement pas à la séparation la plus stricte, il est toujours possible de penser que la physionomie va encore changer.

Si la multiplication des opérateurs semble *in fine* l'objectif même d'une mise en concurrence, la véritable résilience avec les constitutions de monopoles naturels passe par des règles de transparence, qui doivent être assurées et contrôlées par des organismes indépendants de l'État.

B La séparation verticale de l'entité

1. La nécessité de la séparation verticale

Le simple fait de laisser entrer la concurrence ne pouvait pas être satisfaisant pour obtenir un nouveau marché efficace. Plusieurs éléments ont conduit à ce que le droit public économique

⁶⁵² Le groupe SNCF fait cohabiter plusieurs autres entreprises, mais pour les besoins de la démonstration ces deux seuls exemples semblaient opportuns. Le groupe communique sur son site Internet, sur ses différentes filiales et leurs activités. <https://www.sncf.com/fr/groupe/profil-et-chiffres-cles/portrait-entreprise/qui-sommes-nous>, consulté le 31/05/2020.

⁶⁵³ *Ibid*

⁶⁵⁴ B. DELAUNAY, Droit public de la concurrence, p410 et s., *op. cit.*

se dote d'une instance qui surveille ce nouveau marché. Il a été souligné que le poids étatique était toujours important, du fait de l'histoire monopolistique. Il était donc nécessaire de contrôler à la fois une absence d'interférence des fonds publics qui créeraient une mise en échec de la concurrence tout en leur permettant de financer le service universel fixé en amont.

Ce qui est appelé ici « séparation verticale » correspond au fait de séparer l'opérateur du régulateur. La séparation horizontale a créé plusieurs de ces opérateurs mais le contrôle de ces derniers et de leur marché étant nécessaire, il fallait créer une entité régulatrice, qui ne pouvait être un opérateur pour éviter de concentrer le rôle de juge et de partie dans la même structure, selon les exigences de la jurisprudence européenne.⁶⁵⁵ Cette séparation est aussi appelée « *principe de non-cumul* » par la doctrine et notamment Benoît Delaunay qui le décrit comme imposant « *une séparation entre la fonction régulatrice et les autres fonctions liées à la propriété de l'opérateur public et à son contrôle.* »⁶⁵⁶

La structure économique avant la phase de remise en cause des monopoles conduisait l'État à avoir la place prépondérante dans toutes les opérations d'amont en aval. Cependant aujourd'hui, les différentes fonctions qu'il accumulait ont été identifiées plus précisément pour libéraliser ce qui pouvait l'être. Sophie Nicinski liste ce qu'elle a appelé les « trois casquettes » de l'État : « *celle d'opérateur public monopolistique (propriétaire de l'opérateur historique), celle de régulateur et celle d'auteur de la réglementation applicable à l'activité. Ces fonctions doivent être distinguées de celles produisant la réglementation et la fonction de régulation est confiée à une autorité administrative indépendante.* »⁶⁵⁷ La nouvelle nécessité de réguler ces secteurs a donc fait apparaître une multitude de nouvelles autorités administratives indépendantes là où la concurrence a été ouverte. Elles vont bien évidemment avoir cette fonction de surveillance du marché mais également du respect des obligations de service public et de service universel. Pour exercer ces missions, l'AAI a un certain nombre de prérogatives qui vont de la simple consultation à la sanction.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ Voir en ce sens la décision CJCE, 20 mars 1985, aff. 41/83, Rec. 873, British Telecom où la Cour explique qu' « un système de concurrence non faussée tel que celui prévu par le Traité ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. »

⁶⁵⁶ Pour aller plus loin, il ajoute que « La mise en œuvre d'une telle séparation vise à faciliter l'accès au réseau par les nouveaux entrants et à vérifier les principes de tarification non discriminatoire de l'accès aux infrastructures, tout en veillant à ce que les obligations de service public soient respectées dans un environnement concurrentiel. Généralement, ce processus est accompagné de la création d'une autorité administrative indépendante. » B. DELAUNAY, Droit public de la concurrence, p410 et s., *op. cit.*

⁶⁵⁷ S. NICINSKI, Droit public des affaires, p194

⁶⁵⁸ « La régulation du secteur [...] est confiée à une autorité de marché indépendante, dotée d'un panel de prérogatives. Elle dispose souvent d'un pouvoir réglementaire (limité dans son champ d'application et dans son contenu) lui permettant de poser des droits et obligations aux opérateurs ou d'élaborer des règles techniques [...]

2. La mise en place de la séparation verticale

En vertu de ce nouveau modèle économique, les services publics français se sont adaptés et sont aujourd'hui construits sur ce modèle de double séparation, notamment verticale. En ce sens, au cours des années 2000, se sont multipliées les créations d'AAI dans chaque secteur afin d'assurer la bonne régulation du marché et l'assurance d'obligations de service public et de service universel correctement établis. Les missions confiées aux AAI par le législateur se ressemblent assez clairement en substance.

À titre d'exemple, dans le domaine de l'énergie, a été créée le 24 mars 2000 la Commission de régulation de l'énergie, dite CRE, qui « *veille au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz en France, au bénéfice des consommateurs finals et en cohérence avec les objectifs de la politique énergétique.* »⁶⁵⁹ Le Code de l'énergie fixe, aux articles L131-1 et suivants, les fonctions de la commission et rappelle notamment, à travers ces dernières, l'attention particulière portée à la transparence dans la constitution de ce marché.⁶⁶⁰

Il est également important de mentionner, dans ces AAI, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, désignée plus couramment sous l'acronyme ARCEP. Elle prend une place tout à fait remarquable puisqu'elle régule plusieurs secteurs, en incluant la surveillance du service universel de ces derniers. Créée sous le nom le 5 janvier 1997 d'Autorité de régulation des télécoms (ART)⁶⁶¹, elle obtient par la suite la régulation du secteur postal en 2005.⁶⁶² L'ARCEP n'hésite pas à s'afficher elle-même comme « *gendarme des télécoms* ». ⁶⁶³ Un terme qui montre bien là encore que ces AAI sont véritablement dotées de prérogatives importantes, notamment celle de sanctionner les manquements. Pour l'ARCEP, le Code des postes et des communications électroniques lui

Elle exerce une mission consultative sur les lois et règlements concernant son secteur. Surtout, elle dispose d'importants pouvoirs de sanction et de règlement des différends. » *Ibid.*

⁶⁵⁹ Article L131-1 du Code de l'énergie, rappelé par le site internet de la CRE, <https://www.cre.fr/La-CRE/qui-sommes-nous>, consulté le 02/06/2020.

⁶⁶⁰ Article L131-2 du Code de l'énergie : « La Commission de régulation de l'énergie surveille, pour l'électricité et pour le gaz naturel, les transactions effectuées entre fournisseurs, négociants et producteurs, les transactions effectuées sur les marchés organisés ainsi que les échanges aux frontières.

Elle surveille la cohérence des offres, y compris de garanties de capacités, faites par les producteurs, négociants et fournisseurs, notamment vers les consommateurs finals, avec leurs contraintes économiques et techniques, le cas échéant leurs conditions d'approvisionnement par l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique mentionné au même article. Elle peut formuler des avis et proposer toute mesure favorisant le bon fonctionnement et la transparence, notamment en matière de prix, du marché de détail. »

⁶⁶¹ Loi n° 96-659 de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996

⁶⁶² Loi n°2005-516 du 20 mai 2005

⁶⁶³ <https://www.arcep.fr/larcep/nos-missions.html>, consulté le 02/06/2020

confie une section qui détaille son identité et sa fonction⁶⁶⁴ et met en lumière le rôle central qu'elle joue au milieu de ces opérateurs.⁶⁶⁵

Il faut donc constater que cette modification de l'environnement structurel et présence de ces autorités de régulation sont des préalables indispensables à ces opérations de mise en concurrence. Pour constater cette nécessité, le marché du transport ferroviaire fait apparaître cette construction structurelle et ces modifications préalables avant introduction de la concurrence. Le législateur a ainsi créé dès 2009 une autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAFER dénommée aujourd'hui ART, Autorité de régulation des transports, pour y adjoindre une mission routière) qui est une « *autorité publique indépendante, dotée de la personnalité morale, qui concourt au bon fonctionnement du service public et des activités concurrentielles de transport ferroviaire, au bénéfice des usagers et clients des services de transport ferroviaire*⁶⁶⁶. » Ici encore, sa mission, précisée par le Code des transports, est de veiller « *à ce que l'accès au réseau ferroviaire et aux installations de service, ainsi qu'aux différentes prestations associées, soit accordé de manière équitable et non discriminatoire*⁶⁶⁷. »

Ces autorités de régulation sont donc nées dans tous les secteurs qui ont été ouverts à la concurrence et il faut constater leur caractère indispensable pour créer cette séparation verticale, corolaire d'un marché ouvert dans lequel l'ancien rôle de l'État n'impactera pas la distribution de services en induisant des avantages qu'il aurait préalablement obtenus du fait de son monopole.

Ces séparations verticale et horizontale ont donc profondément modifié la physionomie des marchés des SIEG. Ils ont multiplié le nombre de prestataires de service, auxquels a été adjointe une autorité de régulation chargée du contrôle du marché et du respect des obligations de service public. De cette transformation, il est possible de faire une lecture très positive en ce qui concerne le service universel. S'il est loisible d'en voir une complexification, il faut également

⁶⁶⁴ Article L36-5 et suivant du Code des postes et des télécommunications

⁶⁶⁵ En ce sens, Sophie Nicinski aborde ce rôle éminent de l'ARCEP en démontant qu'« elle cumule [...] une série de prérogatives qui la placent au centre de la régulation du secteur. En vertu de l'article L36-7 du CPCE, l'ARCEP reçoit les déclarations préalables des opérateurs (réseaux et services), contrôle le respect par les opérateurs des obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et sanctionne les manquements constatés, détermine les montants des contributions au financement des obligations de service universel, définit des mesures d'encadrement pluriannuel des tarifs et émet un avis public sur la mise en œuvre d'un tarif ou s'y oppose, établit le plan national de numérotation téléphonique, attribue aux opérateurs les fréquences nécessaires à leur activité, et établit la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur le marché du secteur des communications électroniques et fixe leurs obligations. » S. NICINSKI, Droit public des affaires, *op. cit.*, p199 et s.

⁶⁶⁶ Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports

⁶⁶⁷ Article L2131-4 du Code des transports

revenir aux objectifs de l'Acte unique européen et plus largement de l'esprit des traités fondateurs européens. La question de l'opacité du monopole naturel est ainsi en partie réglée par la multiplication des acteurs, au bénéfice du consommateur, tout en préservant des obligations de service public et des obligations de service universel, cette fois contrôlées par une autorité indépendante sur laquelle repose le poids de la transparence et de l'effectivité des mesures.

Le service universel peut donc trouver en Europe, et particulièrement en France, les moyens de son épanouissement. De manière théorique, il peut être le fondement de l'équilibre économique et social européen. Quant aux institutions, elles ont déjà évolué pour permettre un service public non seulement existant, mais aussi transparent. Désormais, pour s'épanouir totalement, il est nécessaire d'y adjoindre un véritable lien de confiance passant par une exigence européenne et nationale.

Section II : Les fondements d'un renouvellement de la confiance

L'établissement de ce lien de confiance qui permettra l'amplification du service universel se fera d'une part avec les institutions européennes sur son régime financier (1§), mais d'autre part avec un État nouant également ce lien de confiance avec ses usagers. Pour cela, il doit occuper une place normative dont il ne s'est pas encore totalement saisi (2§).

1§ Le service universel et le régime financier transparent

L'établissement d'un régime financier transparent, et donc protecteur et porteur de confiance, doit se faire évidemment autant en aval qu'en amont, c'est-à-dire dans le calcul précis et clair du coût du service universel (A) et dans un financement encadré (B).

A. Les différents coûts pris en compte

1. La recherche du coût exact

Pour respecter tout à la fois une concurrence non-faussée mais également pallier ce que le marché n'était pas capable de réaliser par lui-même, il était nécessaire d'évaluer ce qu'allaient coûter les obligations de service universel.

La création du marché unique des SIEG en Europe devait répondre à un certain nombre d'objectifs ; parmi ceux-ci, il y a la volonté que cette libéralisation trouve un écho en matière de coût et de qualité pour le consommateur. Cependant, du fait de la nature des activités et de leur caractère d'intérêt général, le législateur européen a cru bon d'adjoindre à certaines de ces activités le label de « service universel », qui entraîne des obligations supplémentaires. Le marché n'est donc pas totalement libre, puisque certaines contraintes doivent être respectées, ces fameuses accessibilités géographiques et sociales.⁶⁶⁸

Si le monopole naturel et l'absence de marché permettaient le financement de ces obligations, cela était réalisé dans l'opacité la plus totale. Le monopole permettait à l'entreprise d'opérer des subventions croisées entre ses opérations rentables et son financement de service public, et l'État pouvait injecter de l'argent public en l'absence de marché. Aujourd'hui, la doctrine économique explique l'impossibilité d'y recourir post libéralisation : « *l'ouverture du marché (ou de certains segments du marché) à de nouveaux opérateurs engendre un phénomène d'“écrémage“ [...] : la concurrence en prix, s'exerçant principalement sur les segments du marché les plus rentables, ne permet plus le prélèvement de “subventions“ destinées à financer les services offerts aux consommateurs les moins rentables. C'est donc tout le système de subventions croisées qui s'effondre.* »⁶⁶⁹

Les obligations de service universel vont donc en elles-mêmes représenter pour les opérateurs un coût. Ce dernier se révèle un handicap lorsque l'entreprise connaît d'avance l'absence de

⁶⁶⁸ Dans la composante « géographique », les économistes Philippe Choné, Laurent Flochel et Anne Perrot ont identifié deux de ces contraintes : l'ubiquité et la non-discrimination. « La contrainte d'ubiquité impose que tous les consommateurs soient servis, et en particulier ceux dont les coûts de raccordement au réseau sont élevés (par exemple du fait de leur isolement dans l'espace). La contrainte de non-discrimination impose que tous les consommateurs soient servis, et en particulier ceux dont les coûts de raccordement au réseau sont élevés (par exemple du fait de leur isolement dans l'espace). La contrainte de non-discrimination impose que tous les consommateurs servis le soient au même prix. » P. CHONÉ, L. FLOCHEL et A. PERROT, Obligations de service universel et concurrence dans les réseaux, *Économie et prévision*, La Documentation française, 2002/5 n°15, p97 et s.

⁶⁶⁹ *Ibid.*

rentabilité sur lequel il débouchera. Construire une liaison ferroviaire dans un désert rural ne semblerait, outre la philanthropie, qu'une décision peu judicieuse pour un opérateur privé dans un contexte de marché. Cependant, l'entreprise ici y est contrainte par une obligation de service universel.

Le cadre normatif du service universel doit permettre de « [contribuer] à la cohésion sociale sans freiner outre mesure le développement de la concurrence. »⁶⁷⁰ Pour que ces deux objectifs soient réalisés, il convenait donc d'évaluer avec exactitude le coût des obligations de service universel. C'est ce que le Telecommunication Act de 1996 et la doctrine économiste précédemment mentionnée nomment « *neutralité concurrentielle*. » « *L'opérateur en charge des OSU ne doit recevoir que le profit qu'il obtiendrait dans une situation concurrentielle (sans OSU). L'idée centrale est que les OSU doivent introduire le moins de distorsion possible dans la concurrence que se livrent les opérateurs.* »⁶⁷¹

Cette mission de recherche de coût exact s'applique dans les secteurs soumis aux obligations de service universel, et les méthodes de calcul varient d'un secteur à l'autre.

2. La méthodologie de recherche du coût

Les secteurs couverts par le service universel étant très divers, il ne peut y avoir une méthodologie unique du calcul du coût. Il faut donc rechercher dans chaque secteur le cadre normatif applicable qui détaille la manière dont est calculé le coût exact du service universel.

Par exemple, dans le secteur postal, le législateur a fixé précisément à la fois la mission et son coût pour l'opérateur, en l'occurrence La Poste. Cette dernière va au-delà de la prescription du socle du service universel en assurant un maillage complémentaire dont le Code des postes et des télécommunications mentionne objectifs et moyens.⁶⁷²

L'article 2 du décret prévoyant la méthode de calcul du coût de ce maillage complémentaire présente de manière synthétique et lacunaire cette ambition d'évaluation précise afin de ne pas

⁶⁷⁰ P. ESPLUGAS, Le service universel, Droit administratif n°12, décembre 2012, chron. 21

⁶⁷¹ P. CHONE, L. FLOCHEL et A. PERROT, Obligations de service universel et concurrence dans les réseaux, *op. cit.*

⁶⁷² « Le maillage complémentaire permettant d'assurer la mission d'aménagement du territoire mentionné au IV de l'article 6 de la loi du 2 juillet 1990 susvisée correspond au nombre de points de contact déployés par La Poste pour lui permettre d'assurer cette mission, en complément de ceux résultant de la seule obligation d'accessibilité du service universel telle que définie à l'article R. 1-1 du code des postes des communications électroniques, dès lors que ces points de contact additionnels sont nécessaires pour satisfaire aux critères du dernier alinéa du I de l'article 6 de la loi du 2 juillet 1990 précitée ou pour disposer d'au moins 17000 points de contact. » Article 1 du décret n°2011-849 du 18 juillet 2011 précisant la méthode de calcul du coût net du maillage complémentaire permettant à La Poste d'assurer sa mission d'aménagement du territoire.

fausser le jeu d'une éventuelle concurrence tout en assurant la mission de service public : « *Le coût net de ce maillage complémentaire est égal au coût évité en son absence, diminué des recettes perdues en son absence.* »⁶⁷³

L'article suivant mentionne plus précisément ce qui est attendu du calcul de ce coût qui doit « *être égal aux coûts imputables au maillage complémentaire diminués des coûts additionnels qui, en l'absence de ce maillage, seraient supportés par les points de contact maintenus, du fait de la demande qui s'y reporterait, et majorés d'une part appropriée des coûts communs au maillage complémentaire et aux points de contact maintenus.* »⁶⁷⁴ Surtout, l'article détaille le rôle central de l'Arcep dans cette évaluation. Le législateur lui a également confié la tâche « *d'évaluer chaque année le coût net du maillage complémentaire permettant d'assurer la mission d'aménagement du territoire confiée à La Poste.* »⁶⁷⁵ L'AAI détaille son modèle dans la décision relative à l'évaluation du coût, rendue chaque année.⁶⁷⁶

Incontestablement, la méthodologie de calcul du coût apporte une clarté et une transparence très nette en comparaison avec un modèle monopolistique hors du marché. La rigueur est un élément clé du calcul pour ne pas fausser le jeu de la concurrence, ce qui conduit à cette transparence des coûts. À ce titre, la Commission européenne n'hésite pas à saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne et à sanctionner les calculs approximatifs. Ainsi, la France a été condamnée en 2001 sur de multiples motifs relatifs au calcul du coût du service universel de la téléphonie⁶⁷⁷. La Cour a relevé dans sa décision quatre motifs de non-conformité, dont l'impossibilité d'étendre le financement du service aux opérateurs mobiles⁶⁷⁸, le calendrier non-conforme de « *suppression graduelle des déséquilibres tarifaires subsistants* »⁶⁷⁹ ainsi que, et

⁶⁷³ Article 2 du décret n°2011-849 du 18 juillet 2011 précisant la méthode de calcul du coût net du maillage complémentaire permettant à La Poste d'assurer sa mission d'aménagement du territoire.

⁶⁷⁴ Article 3

⁶⁷⁵ Article 6 de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990

⁶⁷⁶ « Pour réaliser cette évaluation, l'Arcep s'est dotée d'une modélisation technico-économique du réseau de points de contact de La Poste, qu'elle a mise en consultation publique du 17 juillet au 10 septembre 2013. Cette consultation présente les modalités d'identification des périmètres retenus dans la modélisation, les fonctions de coûts utilisées ainsi que la méthode d'évaluation des avantages immatériels que retire La Poste de sa mission d'aménagement du territoire. » Décision 2019-0985 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 16 juillet 2019 relative à l'évaluation pour l'année 2018 du coût net du maillage complémentaire permettant à La Poste d'assurer sa mission d'aménagement du territoire.

⁶⁷⁷ CJCE, 6 décembre 2001, Commission/France, aff. C-146/00

⁶⁷⁸ Point 28 : « L'ouverture du marché de la téléphonie n'a pas créé une situation rendant nécessaire pour France Telecom la mise en œuvre d'un système de financement partagé du coût net du service universel précisément en se référant au fait que France Telecom disposait à l'époque d'un monopole presque entier dans le domaine de la téléphonie vocale fixe. »

⁶⁷⁹ Point 35 : « Le gouvernement français n'a pas transmis à la Commission un rapport sur ses plans visant la suppression graduelle des déséquilibres tarifaires subsistants, y compris un calendrier détaillé de mise en œuvre, il convient de constater que la République française a manqué aux obligations expressément prévues par cette

surtout, le manque de transparence du calcul même du coût du service universel⁶⁸⁰. Aujourd'hui, le législateur prévoit, encore de manière lacunaire, que les coûts du service universel en matière de télécommunications correspondent au montant des obligations auquel on a retiré le montant des avantages.⁶⁸¹ La partie réglementaire du code des postes et des communications électroniques apporte des précisions, elles-mêmes complétées d'informations par l'ARCEP, sur l'évaluation des coûts du service universel pour les communications électroniques.⁶⁸² Lorsque cette évaluation a été réalisée, l'ARCEP publie dans un tableau le montant précis des contributions que doivent verser les opérateurs concurrents de celui en charge du service universel.

De même, l'ARCEP produit un tableau de l'évolution du coût de ce service universel par année, allant jusqu'à donner le détail de chaque composante.

disposition. En effet, l'exigence d'un calendrier détaillé ne peut se satisfaire de la mention d'une simple échéance finale, comme celle prévue à l'article 35-3, point II, 3°, du code, tel que modifié par la loi. »

⁶⁸⁰ Point 51 : « Dans ces conditions, en admettant même que les calculs de P et de Pe reposent isolément sur des critères objectifs, il résulte de l'impossibilité de comparer leur valeur que le calcul de la composante C1, fondé sur une telle comparaison, ne peut être regardé comme transparent au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/33. »

⁶⁸¹ « Les coûts nets imputables aux obligations de service universel sont évalués sur la base d'une comptabilité appropriée tenue par les opérateurs désignés pour assurer ces obligations et auditée, à leurs frais, par un organisme indépendant désigné par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse. L'évaluation de ces coûts nets prend en compte l'avantage sur le marché que les opérateurs soumis à des obligations de service universel retirent, le cas échéant, de ces obligations. Les coûts nets pris en compte en application du III ne peuvent être supérieurs aux engagements pris, le cas échéant, dans le cadre des appels à candidatures prévus à l'article L. 35-2, par les opérateurs désignés pour assurer les obligations du service universel. »

⁶⁸² Articles R20-31 à R20-39 du CPCE. En ce qui concerne les définitions du coût en matière de télécommunications, il est possible d'y lire en exemple à l'article R20-33 que « Le coût net des obligations tarifaires correspondant aux obligations de péréquation géographique est la somme des coûts nets pertinents dans les zones non rentables, c'est-à-dire les zones qui, en raison des coûts élevés de fonctionnement et d'investissement du réseau local et de l'obligation de fournir à tous un service téléphonique de qualité à un prix abordable, ne seraient pas desservies par un opérateur agissant dans les conditions du marché. »

Titulaires créditeurs		Montant à recevoir du fonds (en euros)
FRTE	Orange	5 083 395,66

Titulaires débiteurs		Montant à verser au fonds (en euros)
BOUY	Bouygues telecom	1 731 043,05
SFRO	Société française du radiotéléphone	1 582 081,64
FREE	Free	724 044,77
FRMO	Free Mobile	636 096,48
NRJ	Euro-Information Telecom	107 467,28
UPCF	SFR Fibre SAS	84 460,12
ORCA	Orange Caraïbe	55 561,32
COMP	Completel	54 120,78
SRR	Société réunionnaise du radiotéléphone	45 930,67
LPTL	La Poste Telecom	41 938,23
LYCA	Lycamobile SARL	28 863,15
COLT	Colt technology services	20 613,41
BUYC	Digicel Antilles françaises Guyane	9 334,93
OUTR	Outremer Telecom	7 907,37

Annexe à la décision n° 2019-1723 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 26 novembre 2019 fixant les contributions provisionnelles des opérateurs au financement du service universel des communications électroniques pour l'année 2020- Contributions provisionnelles au fonds de service universel de l'année 2020

Coûts définitifs du service universel			n	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
REFERENCES des coûts											
Date de décision				23/10/2007	23/10/2007	23/10/2007	23/10/2007	29/04/2003	21/12/2004	21/06/2005	27/10/2005
N° décision		yy-nmm		2007-0871	2007-0871	2007-0871	2007-0872	03-0586	04-1068	05-0472	05-0971
Déséquilibre tarifaire	C1	M€	-	34,833	6,725	-	-	-	-	-	-
Péréquation géographique	C2	M€	-	217,177	89,731	105,010	104,919	164,060	76,885	57,465	57,465
Publiphonie	C3	M€	-	23,286	14,103	14,328	14,758	20,927	23,549	18,598	18,598
Tarifs sociaux		M€	-	-	0,015	9,375	22,470	35,676	36,814	39,198	39,198
Annuaire et renseignements		M€	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Avantages immatériels		M€	-	-	-	-	-	-	95,674	84,007	81,978
Coût net définitif post CJCE pour le fonds	C1+C2 jusqu'en 1999, C2+C3 depuis	M€	-	23,286	14,118	128,714	142,147	124,989	53,242	33,283	33,283
Total RA définitive due à France Télécom	C3 jusqu'en 1999	M€	-	252,010	96,455	-	-	-	-	-	-
Coût net définitif post CJCE		M€	-	275,296	110,574	128,714	142,147	124,989	53,242	33,283	33,283

Coûts définitifs du service universel			n	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
REFERENCES des coûts											
Date de décision				08/03/2007	01/04/2008	09/04/2009	20/04/2010	24/05/2011	03/05/2012	23/04/2013	06/05/2014
N° décision		yy-nmm		2007-0191	2008-0335	2009-0315	2010-0448	2011-0573	2012-0484	2013-0590	2014-0533
Déséquilibre tarifaire	C1	M€	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Péréquation géographique	C2	M€	3,225	1,368	0,881	0,220	5,743	10,787	4,332	4,311	4,311
Publiphonie	C3	M€	13,906	14,239	12,418	15,379	14,080	11,586	12,344	13,920	13,920
Tarifs sociaux		M€	37,236	36,257	30,462	25,299	22,430	19,947	17,171	14,872	14,872
Annuaire et renseignements		M€	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Avantages immatériels		M€	23,457	22,217	21,082	18,342	12,540	11,608	5,390	4,289	4,289
Coût net définitif post CJCE pour le fonds	C1+C2 jusqu'en 1999, C2+C3 depuis	M€	30,910	29,467	22,859	22,556	29,713	30,712	28,458	28,815	28,815
Total RA définitive due à France Télécom	C3 jusqu'en 1999	M€	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Coût net définitif post CJCE		M€	30,910	29,467	22,859	22,556	29,713	30,712	28,458	28,815	28,815

Coûts définitifs du service universel			n	2013	2014	2015	2016	2017	2018
REFERENCES des coûts									
Date de décision				21/04/2015	28/04/2016	20/04/2017	24/04/2018	23/04/2019	23/04/2020
N° décision		yy-nmm		2015-0346	2016-0579	2017-0468	2018-0401	2019-0634	2020-0355
Déséquilibre tarifaire	C1	M€	-	-	-	-	-	-	-
Péréquation géographique	C2	M€	6,865	3,414	3,146	4,374	2,738	0,660	0,660
Publiphonie	C3	M€	14,499	3,306	-	-	-	-	-
Tarifs sociaux		M€	13,611	12,243	11,079	9,425	8,366	4,675	4,675
Annuaire et renseignements		M€	1,017	1,072	-	-	-	-	-
Avantages immatériels		M€	0,064	0,053	0,036	0,029	0,025	0,020	0,020
Coût net définitif post CJCE pour le fonds	C1+C2 jusqu'en 1999, C2+C3 depuis	M€	35,928	19,983	14,190	13,770	11,078	5,315	5,315
Total RA définitive due à France Télécom	C3 jusqu'en 1999	M€	-	-	-	-	-	-	-
Coût net définitif post CJCE		M€	35,928	19,983	14,190	13,770	11,078	5,315	5,315

L'évolution des composantes du coût net du service universel depuis 1997 – Site de l'ARCEP – <https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-reseaux-fixes/le-service-universel-des-communications-electroniques/evaluation-du-cout-net-du-service-universel.html>

Enfin, pour le domaine de l'électricité, les modalités de définition du coût sont encore bien différentes. Le législateur français n'utilise pas le terme de service universel pour l'électricité. Cependant il y a effectivement un financement pour un bien qualifié de « première nécessité »⁶⁸³. Ce qui était auparavant le Tarif de Première Nécessité et le Tarif Spécial de Solidarité, respectivement pour l'électricité et le gaz⁶⁸⁴, est aujourd'hui devenu le chèque énergie⁶⁸⁵, dont la valeur faciale permet de payer une partie des dépenses d'énergie du consommateur dont le revenu fiscal est en-deçà d'un montant de référence.⁶⁸⁶

Néanmoins lorsque le terme de service universel est employé, pour le secteur postal et des télécommunications, il y a un véritable effort de précision dans le calcul du coût qui permet de maintenir intact le jeu de la concurrence et d'offrir au service universel des vertus de clarté et de transparence que ne connaissaient pas les monopoles. Cette transparence se complète de multiples mécanismes de financement qui doivent également parfaitement s'intégrer à la fois dans le cadre social et concurrentiel.

B Les différents modes de financement autorisés

Concernant les modes de financement du service universel, il était certain que le cadre européen allait imposer des contraintes financières à tous les États, en suivant la logique qui a toujours guidé la libre concurrence dans l'Union européenne. Indubitablement, le service universel est une activité économiquement non-rentable, et de ce point de vue-là entraîne une nécessité de financement par un certain nombre d'acteurs variés. La Commission rappelle à ce titre que si

⁶⁸³ Article 100-2 du Code de l'énergie

⁶⁸⁴ Voir notamment « Les tarifs sociaux de l'énergie et le chèque énergie » in <https://www.mediateur-energie.com/les-tarifs-sociaux-de-lenergie-et-le-cheque-energie/>, consulté le 10 juillet 2020

⁶⁸⁵ Créé par l'article 201 de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique, codifié aujourd'hui à l'article L124-1 du Code de l'énergie. « Le chèque énergie est un titre spécial de paiement permettant aux ménages dont le revenu fiscal de référence est, compte tenu de la composition du ménage, inférieur à un plafond d'acquitter tout ou partie du montant des dépenses d'énergie relatives à leur logement ou des dépenses qu'ils assument pour l'amélioration de la qualité environnementale ou la capacité de maîtrise de la consommation d'énergie de ce logement comprises parmi celles mentionnées à l'article 200 quater du code général des impôts [...] »

⁶⁸⁶ Selon l'article 1 de l'arrêté du 26 décembre 2018 modifiant le plafond et la valeur faciale du chèque énergie, « A compter du 1^{er} janvier 2019, le bénéfice du chèque énergie est ouvert aux ménages dont le revenu fiscal de référence annuel par unité de consommation est inférieur à 10 700€ ».

le SIEG peut être autofinancé, d'autres cas nécessitent une compensation nécessaire et encadrée.⁶⁸⁷

Toujours dans cet objectif de transparence, de clarté et d'égalité en matière de concurrence au sein du marché unique, la Cour contrôle le financement des SIEG⁶⁸⁸, et des obligations de service universel. Les possibilités de financement sont multiples, et parmi elles, les aides d'État sont encadrées dans leur stricte nécessité au sens du paquet Almunia. L'Union Européenne encadre donc pointilleusement le financement, pour une application se révélant ardue pour les acteurs du marché.

1. *L'encadrement juridique du financement*

La réponse à la problématique du financement du service universel doit permettre de trouver l'équilibre entre la prise en charge du coût de l'intérêt général et les mécanismes de libre concurrence européens. En ce sens, la Commission essaye d'apporter une réponse claire par le biais de ses communications sur les moyens de financer le service universel.

Dresser une typologie claire du financement du service universel n'est pas une chose aisée, puisque « *le droit communautaire offre une grande plasticité quant au choix des modes de financement du service universel.* »⁶⁸⁹ La doctrine économiste a essayé notamment de synthétiser ces différentes compensations, en distinguant financements externe et interne⁶⁹⁰, qu'il est possible également de subdiviser.

Pour s'intéresser en premier lieu au financement externe, les opérateurs peuvent s'autofinancer « *par le biais des subventions croisées* »⁶⁹¹. La jurisprudence *Corbeau* en avait ouvert la

⁶⁸⁷ « Certains SIEG peuvent être assurés par des entreprises publiques ou privées sans soutien financier spécifique des autorités des États membres. D'autres services ne peuvent être fournis que si l'autorité concernée offre une compensation financière au prestataire de services. En l'absence de règles spécifiques au niveau de l'Union, les États membres sont généralement libres de déterminer la façon dont il convient d'organiser et de financer leurs SIEG. » Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, 2012/C 8/02 §2

⁶⁸⁸ Il est possible de constater les exigences de la Cour notamment à travers de l'arrêt France/Commission qui qualifie d'aide d'État « tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine de l'État. En conséquence, même si les sommes correspondant à la mesure en cause ne sont pas de façon permanente en possession du Trésor public, le fait qu'elles restent constamment sous contrôle public, et donc à la disposition des autorités nationales compétentes, suffit pour qu'elles soient qualifiées de ressources d'État. » CJCE, France/Commission, 16 mai 2002, C-489/99.

⁶⁸⁹ P. ESPLUGAS, Le service universel, Droit administratif n°12, décembre 2002, chron. 21.

⁶⁹⁰ P. CHONE, L. FLOCHEL, A. PERROT, Obligations de service universel et concurrence dans les réseaux, *op. cit.*

⁶⁹¹ *Ibid.*

possibilité en autorisant la restriction de la concurrence sur certains secteurs au profit de l'opérateur titulaire de l'OSU.⁶⁹² La directive postale notifiera par la suite que « *Le financement de services universels en dehors du secteur réservé par des recettes provenant de services du secteur réservé est interdit, sauf si une telle subvention croisée s'avère absolument indispensable à l'accomplissement des obligations spécifiques de service universel imposées au domaine concurrentiel.* »⁶⁹³

Le financement interne est également prévu par la directive Service universel⁶⁹⁴ sous la forme de « fonds de compensation ». L'ensemble des opérateurs d'un marché donné pourra ainsi participer à nourrir un fonds qui permettra de financer exclusivement le coût, fixé précisément et préalablement⁶⁹⁵, du service universel supporté par l'opérateur désigné⁶⁹⁶.

Une autre possibilité de financement interne peut être évoquée bien qu'elle ne soit que peu usitée. Le mécanisme *pay or play* permet soit de « *fournir le même service et la même qualité que le fournisseur du service universel, soit contribuer financièrement à sa réalisation.* »⁶⁹⁷ Ce mécanisme semble plutôt utilisé dans les pays à faible densité pour des raisons de disparité des infrastructures, comme en Finlande.⁶⁹⁸

En second lieu, le financement peut être dit « externe ». Il est, dans ce cas-là, défini par une utilisation des « *fonds publics qui ne sont pas assis sur l'activité, par exemple par des transferts fiscaux prélevés sur les revenus des contribuables* »⁶⁹⁹.

⁶⁹² « A l'effet de cet examen, il faut partir de la prémisse que l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables. » CJCE, 13 mai 1993, Paul Corbeau, C-320/91, §17.

⁶⁹³ Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté. En ce sens également, P. ESPLUGAS, *Le service universel*, *op. cit.*

⁶⁹⁴ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques

⁶⁹⁵ V. infra, Ch. 6, Sect. 2, 1§, A., La recherche du coût exact

⁶⁹⁶ « Il est également envisageable de compenser les coûts nets des différents éléments du service universel par des mécanismes divers et/ou de financer des les coûts nets (...). Dans le cas d'une mise à contribution des entreprises, les États membres devraient veiller à ce que la méthode de répartition du prélèvement s'appuie sur des critères objectifs et non discriminatoires et respecte le principe de proportionnalité. » Directive 2002/22/CE

⁶⁹⁷ P. BAUBY, *L'europanisation du service public postal, Regards croisés sur l'économie 2007/2* (n° 2), pages 148 à 156. Pour les économistes Choné, Flochel et Perrot, la définition donnée est celle d'« un opérateur concurrent [qui] peut choisir de servir lui-même certains consommateurs relevant du service universel plutôt que de verser des taxes à l'opérateur historique. »

⁶⁹⁸ *Ibid.* Hors Europe, on trouve le système de *pay or play* également en Australie.

⁶⁹⁹ P. CHONÉ, L. FLOCHEL, A. PERROT, *Obligations de service universel et concurrence dans les réseaux*, *op. cit.*

Évidemment, ces multiples instruments de financement doivent tous s'accommoder de l'exigeant droit européen en matière de concurrence. La Commission rappelle que « *Lorsque les compensations de service public ne respectent pas ces conditions, et dans la mesure où les conditions de l'article 107, paragraphe 1, du traité sont remplies, ces compensations constituent des aides d'État soumises aux dispositions des articles 106, 107 et 108 du traité.* »⁷⁰⁰ À ce titre, la Cour est particulièrement vigilante à toute forme de « *surcompensation*⁷⁰¹ ». C'est dans cet esprit que la méthode de calcul du coût net du service universel est aussi précise⁷⁰².

2. La difficile adaptation du droit national à l'encadrement du financement

Il faut voir dans ces multiples possibilités de financement du service universel, d'une part, l'exigeant droit européen en matière de concurrence d'autre part une complexité pour tous les acteurs, voire pour la doctrine un aspect « *totalelement contradictoire*⁷⁰³ ». Concrètement, pour les acteurs des SIEG et du service universel, une insécurité juridique est clairement présente. Certains auteurs ont ainsi souligné que la communication qui accompagnait le paquet Almunia⁷⁰⁴ « *relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État s'attache à faire un travail de pédagogie à travers une explicitation des notions clés en matière de droit de la concurrence et des aides d'État. Cet effort de clarification des concepts européens est demandé avec constance par l'ensemble des acteurs institutionnels depuis plusieurs années. De son côté, la Commission européenne souligne régulièrement qu'une partie des difficultés liées à la mise en oeuvre de la réglementation européenne en matière de financement des compensations de SIEG trouve sa source dans une incompréhension du droit et de la terminologie par les parties prenantes.*⁷⁰⁵ » Le paquet Almunia accompagné de la communication a donc permis un éclaircissement des règles de financement des SIEG et par là-

⁷⁰⁰ COM 2012/ C 8/03, §3, *op. cit.*

⁷⁰¹ « Il convient d'entendre par « surcompensation, une compensation perçue par l'entreprise qui excède le montant d'aide tel qu'il est défini au point 2.8 pour la durée de tout le contrat. Comme indiqué aux points 0 à 41, un excédent résultant de gains d'efficacité plus élevés que prévu peut être considéré par l'entreprise comme un bénéfice raisonnable supplémentaire, comme précisé dans le mandat. » *Ibid.*, §47

⁷⁰² V. infra, Ch. 6, Sect. 2, 1§, A., La recherche du coût exact

⁷⁰³ « Les sujétions imposées aux opérateurs prenant en charge un service universel justifient donc, en contrepartie, des dérogations aux règles de concurrence, afin de leur faciliter l'exercice de la mission « imposée ». En droit, l'existence de charges de service universel peut, par exemple, justifier l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux, même si ceux-ci sont, par principe, assez antinomiques – voire complètement contradictoires ! » O. DIDRICHE, Répertoire de service public, Service universel, déc. 2020, Dalloz.

⁷⁰⁴ « La présente communication a pour objet de clarifier les notions fondamentales sur lesquelles repose l'application des règles en matière d'aides d'État

⁷⁰⁵ C. SALERES, « Almunia », Les nouvelles règles de financement des SIEG, JA 2012, n°458, p.18

même, du service universel lui-même soumis aux conditions de concurrence fixées par le TFUE.

La France, de son côté, a opté en fonction des secteurs concernés pour différents types de financement permettant au pays de sortir de la logique monopolistique. Pour les télécommunications, le système utilisé est celui du fonds de compensation⁷⁰⁶ où chacun des opérateurs contribue à la dépense de l'opérateur chargé de l'obligation de service universel.⁷⁰⁷ Le secteur postal, quant à lui, bien moins intégré dans un marché concurrentiel, ne peut utiliser ce mécanisme. « *La politique d'encadrement des tarifs postaux* » dit « *price cap* » est retenue⁷⁰⁸. Le Code des postes et des communications électroniques prévoit que l'ARCEP « *est informée par La Poste, avant leur entrée en vigueur, des tarifs des prestations du service universel. Dans un délai d'un mois à compter de la transmission de ces tarifs, elle émet un avis public.* » Parmi les mécanismes de financement du service universel, le Code général des impôts prévoit un mécanisme d'abattement sur les bases d'imposition de l'entreprise « *dans la limite de 99%* » « *en raison des contraintes de desserte de l'ensemble du territoire national et de participation à l'aménagement du territoire qui s'imposent à cet exploitant.*⁷⁰⁹ »

En ce qui concerne le secteur de l'électricité, où il est plus délicat de parler de « service universel » en l'absence de dénomination par le législateur, la pratique du « chèque énergie »⁷¹⁰ permet de qualifier selon les critères préalablement établis le financement d'externe.

Devant finalement un éventail de mécanismes de financement assez large mais un droit européen « *reposant sur une logique de libre-échange (...) ni entravée, ni faussée*⁷¹¹ », la France trouve l'équilibre d'un financement qui lui permet de sortir de son ancien système

⁷⁰⁶ « Pour compenser les coûts encourus par l'opérateur chargé du service universel dans le cadre de sa mission, un mécanisme de compensation de ces charges induites a été mis en place sous la forme d'un fonds de service universel. » P. CAMANI et F. VERDIER, *Le service universel des communications électroniques au regard des nouveaux usages technologiques : enjeux et perspectives d'évolution*, *op. cit.*

⁷⁰⁷ Selon les coûts évalués, V. infra, Ch. 6, Sect. 2, 1§, A., La recherche du coût exact

⁷⁰⁸ <https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-postal-et-colis/le-secteur-postal-et-larcep/le-cadre-reglementaire-du-secteur-postal.html>

⁷⁰⁹ Article 1635 sexies, Code général des impôts

⁷¹⁰ V. infra, Ch. 6, Sect. 2, 1§, A., La recherche du coût exact

⁷¹¹ O. DIDRICHE, *Service universel*, *op.cit.*

monopolistique intégré. Cependant pour une partie de la doctrine, cela se fait au mépris de la logique⁷¹² ou de l'efficacité⁷¹³.

Le mécanisme de financement semble aujourd'hui relativement fixé, où l'homogénéité n'est certes pas parfaite mais laisse place à une relative souplesse nécessaire à d'autres ambitions pour le service universel. C'est désormais le rôle de l'État, qui devrait être pourtant plus évident, en tant que puissance publique, de prendre les mesures nécessaires au développement du service universel sur un plan national. Or, l'institution étatique semble ne pas trouver sa place dans ce nouveau paysage où l'Europe et les AAI accaparent le service universel.

2§ Le renouvellement de la place de l'État dans le marché

Bien qu'amorcé depuis l'Acte unique européen, le bouleversement du « service public à la française » laisse toujours des craintes aux usagers sur son efficacité⁷¹⁴. Il est vrai que si aujourd'hui, l'État quitte sa position d'acteur sur le marché, il doit retrouver une place normative dans la garantie du service public, et a fortiori du service universel, pour fixer un nouveau cap garantissant un socle aux usagers.

A La désétatisation du contrôle du marché

1. *L'inconciliable interventionnisme étatique dans le cadre du service universel*

La pensée de Léon Duguit est-elle aujourd'hui définitivement obsolète dans le cadre du service universel et d'un marché unique ? Il affirmait que « *Ce qui apparaît au premier plan, ce n'est*

⁷¹² Ainsi, Pierre Bauby estime peu concluant l'entière des solutions de financement à disposition du service universel : « Le financement du service universel par le biais de subventions publiques revient à grever les finances publiques, déjà sous pression par ailleurs, à la charge des utilisateurs/contribuables ; le recours à un fonds de compensation a été expérimenté en Italie, mais sans convaincre ; le système pay or play existe en Finlande, mais sans effet significatif : l'opérateur historique conserve un quasi-monopole. » P. BAUBY, L'eupéanisation du service public postal, *op. cit.*

⁷¹³ Ici, pour le Professeur Hélène Pauliat, « le problème principal réside dans la manière et les moyens de financer le service universel. Ce service est un moyen de garantir la cohésion économique, sociale et territoriale, il est donc indispensable, alors même que le secteur n'est plus guère rentable compte tenu de la diminution du trafic, de trouver des mécanismes de financement. (...) Il n'en reste pas moins vrai que le financement du service universel pose une réelle difficulté. »

⁷¹⁴ V. Partie II, Titre II, Ch I, Section 1, §1 La crainte d'un service public à deux vitesses.

*pas le pouvoir de commander ; c'est l'obligation d'agir pratiquement*⁷¹⁵. » Or, cette nécessité ou devoir d'action étatique semble être loin des prescriptions européennes et du marché libre et unique.

Le service universel entraîne une problématique ayant tout d'un nœud gordien. L'État doit, d'un côté, imposer des obligations de service universel, et de manière plus large des obligations de service public. Il doit alors pouvoir s'assurer de leur respect, mais sans trop s'impliquer ni financièrement puisque la Commission et la Cour contrôlent de manière stricte la proportionnalité des aides d'État et l'absence de surcompensation⁷¹⁶, ni organiquement avec l'obligation de séparation verticale des activités⁷¹⁷. Pour parachever le malaise de l'État, l'idéologie même ayant conduit à construire le service public à travers les lois de Rolland est bousculée par les réflexions autour des principes « *de participation, de transparence et de responsabilité* » mises en avant dès les années 1980 en France.⁷¹⁸

L'État ne semble plus vraiment trouver sa place dans un tel système⁷¹⁹, si ce n'est son rôle normatif, de puissance publique, lui permettant d'imposer ses sujétions. Qualifié par le Professeur Anne-Frison Roche de « *chien dans un jeu de quilles* », le déplacement de l'État actionnaire vers l'État régulateur est une évidence, mais dans le cadre du service universel, ce rôle pourrait tout de même aller plus loin que de la simple régulation.

En revanche, en ce qui concerne le marché en lui-même, « *l'État est en position de faiblesse. En effet, la charge de la preuve – avec le risque de la preuve qui est attachée – s'établit à son détriment.*⁷²⁰ »

Aujourd'hui, l'État ne semble plus avoir sa place de manière entière dans le contrôle du marché. La jurisprudence *RTT* de 1991 en ce sens avait posé les bases de la non-compatibilité de la fonction d'opérateur et de régulateur en exprimant que « *le maintien d'une concurrence effective et la garantie de transparence exigent que la formalisation des spécifications techniques, le contrôle de leur application et l'agrément soient effectués par une entité*

⁷¹⁵ L. DUGUIT, Les transformations du droit public, Armand Colin, Paris, p.XVIII cité par M. GUENAIRE, Le service public au cœur du modèle du développement français, La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°20, 16 mai 2005, 1209

⁷¹⁶ V. infra, Ch. 6, Sect. 2, B Les différents modes de financement autorisés

⁷¹⁷ Voir infra, Ch. 6, Sect. 2, §1 Le service universel au fondement d'un renouvellement organique

⁷¹⁸ En ce sens, voir M. GUENAIRE, Le service public au cœur du modèle du développement français, *op. cit.*

⁷¹⁹ « L'article 90-2 du Traité de Rome le relègue à ce rang d'exception et il lui faut une force herculéenne pour, à son tour, se glisser dans les interstices du marché concurrentiel, et comme en s'excusant. » M.A. FRISON-ROCHE, L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence, LPA 17 mai 1995, n° PA199505901, p. 4

⁷²⁰ *Ibid.*

*indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens ou des services concurrents dans le domaine des télécommunications*⁷²¹ », suivie par une directive posant « *le principe de séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation.* »⁷²² »⁷²³

Par ce mouvement amorcé par le droit européen, l'État disparaît de l'interventionnisme, à la fois économique et dans le contrôle. Le Professeur Olivier Renaudie expliquait ainsi que, « *affecté dans sa substance même, le pouvoir de police générale du gouvernement en matière économique semble donc réduit à une peau de chagrin*⁷²⁴. » Plusieurs auteurs évoquent également une « *théorie de l'abus quasi-automatique*⁷²⁵ » lors d'une confusion entre opérateur et régulateur, ce qui confine une fois de plus l'État loin du marché.

2. *L'homogénéisation insuffisante d'un nouveau système européen de contrôle*

Avec la séparation verticale des entités, et l'avènement des AAI, le contrôle du marché et du respect des obligations de service public et universel a été bouleversé depuis les années 1990, puisque « *les États membres ont dû soit abandonner leur intervention dans les secteurs des services publics organisés en réseaux, soit créer une autorité de régulation indépendante pour lui confier ces pouvoirs*⁷²⁶. »

Les travaux du Professeur Hubert Delzangles dépeignent précisément comment émerge un système européen de contrôle du marché par le biais de ces AAI.⁷²⁷ S'il y a une réelle construction d'une structure organique au niveau européen, force est de constater qu'il y a une absence d'homogénéité entre ces organes dont le renforcement entraînerait une plus grande clarté.

⁷²¹ CJCE, 13 déc. 1991, aff. C-18/88, RTT c/ GB INNO BM SA, concl. M. Darmon, 15 mars 1989 : Rec. CJCE 1991, I, p. 5941. - C. Bolze, Droit communautaire de l'entreprise : RTD com. 1993, p. 436. - B. Deleporte : Gaz. Pal., 1992, I, p. 469.

⁷²² Considérant 14 de la directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (JOCE, n° L 165, 19 juin 1992, p. 27

⁷²³ En ce sens, voir H. DELZANGLES, L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation, Revue juridique de l'économie publique n° 692, Décembre 2011, 2

⁷²⁴ O. RENAUDIE, Que reste-t-il du pouvoir de police générale du gouvernement en matière économique ?, LPA 22 janv. 2009, n° PA200901607, p. 24

⁷²⁵ « Pour la Cour, le fait de confier à une entreprise publique agissant sur un marché un pouvoir de réglementation sur ce même marché la met dans une position où elle est potentiellement amenée à enfreindre les dispositions de l'ancien article 86 du Traité. L'originalité de cet arrêt est bien, dans une logique d'égalité des chances, de condamner la potentialité de l'abus de position dominante et non l'abus en tant que tel. L'expression « abus quasi-automatique » est attribuée à Marc Van der Woude : in Van der Woude M., « Competing for Competence », ELR., Competition Law Checklist, 1991, p. 60. » voir H. DELZANGLES, L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation, *op. cit.*

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ *Ibid.*

Trois absences d'homogénéité sont constatées par ces travaux : premièrement sur les champs de compétences, entre autorités sectorielles, bi-sectorielles ou multisectorielles⁷²⁸ ; deuxièmement sur les compétences dévolues à chaque autorité nationale⁷²⁹ ; troisièmement sur le degré d'indépendance de chaque autorité⁷³⁰.

De telles absences d'homogénéités se retrouvent également au niveau des régulateurs européens : l'ORECE, Organe des régulateurs européens des communications électroniques, qui « *s'emploie à garantir que la législation européenne est appliquée de manière uniforme* », souffre de fonctions assez restreintes, comme « *recueillir des informations et [diffuser] des bonnes pratiques parmi les autorités de régulation nationale*⁷³¹ » lorsque, dans le même temps, l'ACER, l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie « *prend dans certaines circonstances, des décisions individuelles contraignantes sur les modalités et les conditions appliquées à l'accès et à la sécurité opérationnelle des infrastructures transfrontalières.*⁷³² »

Devant un tel état des lieux de ces AAI aux places renouvelées, une question posée par le Professeur Marie-Anne Frison-Roche fait particulièrement écho, notamment pour l'idée d'un service universel efficace : « *L'État fait-il mieux que le marché concurrentiel ?*⁷³³ » L'état des lieux est en tout cas le suivant : une puissance étatique écartée pour maintenir le marché unique et qui permet la naissance de la notion de service universel, qui lui-même évolue désormais dans un univers nébuleux d'autorités aux caractéristiques différentes. Si, en termes de pure clarté, il peut être intéressant d'envisager une évolution vers une homogénéisation et une meilleure intégration de ces autorités, le service universel lui-même semble finalement peu impacté. Il y a effectivement un renouvellement de la fonction de contrôle, nécessaire, et rendu obligatoire par le droit européen.

⁷²⁸ À titre d'exemple, l'ARCEP contrôle aujourd'hui les postes et les télécommunications, le Bundesnetzagentur allemand quant à lui a compétence dans les télécommunications, les postes, l'énergie et les chemins de fer. V. *Ibid.* §29 et 30

⁷²⁹ L'autorité peut surveiller la mise en place correcte du service universel, mais parfois avoir des pouvoirs de sanctions. V Ch 6, Section 1, 2§, B La séparation verticale de l'entité

⁷³⁰ Le même auteur souligne ainsi dans ses travaux l'absence de personnalité juridique pour l'ARCEP, ou le débat sur l'instauration d'un membre commissaire du Gouvernement, finalement refusé, au sein de ce même organe en 2011.

⁷³¹ https://bereg.europa.eu/eng/about_berec/what_is_berec/

⁷³² https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/acer_fr

⁷³³ M-A. FRISON-ROCHE, L'État, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence, *op. cit.*

Mais la forme de l'autorité n'a finalement que peu d'intérêt pour le service universel lui-même, dont le seul élément important ne sera que l'effectivité de son application. Et à contrecourant de cette pensée de désétatisation de l'économie, l'État garde un rôle qui tient pour le service universel une importance capitale : si l'interventionnisme économique disparaît, l'interventionnisme normatif est central.

B La place de l'État dans l'interventionnisme normatif pour le service universel

1. Un État prétendument régulateur

Si, après la disparition de l'État purement libéral, l'ère de l'État interventionniste, actionnaire et acteur du jeu économique, a bien aujourd'hui disparu sous la vague de libéralisation entourant les SIEG même, la plupart de la doctrine de droit public économique s'accorde aujourd'hui sur l'ouverture d'une troisième ère, celle de l'État régulateur⁷³⁴.

De prime abord, ce modèle européen d'autorité de régulation avec un État plus ou moins présent laisse effectivement fortement penser à une accentuation de ce rôle d'État régulateur. Ainsi « *l'État régulateur impliquerait surtout une mutation des fonctions de l'État, qui n'intervient plus directement comme opérateur sur le marché, mais se contente d'encadrer les opérateurs sur les marchés concurrentiels. L'État, autrefois producteur de biens et services, deviendrait alors simple « régulateur neutre » des processus de marché.*⁷³⁵ »

Néanmoins, et dans le sens d'une partie de la doctrine, la vision de l'État est celle d'une institution qui ne trouve pas sa place dans ce modèle. Il a été évoqué « *la vision nouvelle de l'État consécutive au déclin de l'État providence : à un État omniprésent dans la vie sociale aurait succédé un État « modeste », dont la fonction serait avant tout d'assurer la préservation des grands équilibres économiques et sociaux dans un monde où l'incertitude domine.*⁷³⁶ »

⁷³⁴ « L'idée d'un État régulateur repose sur une définition intermédiaire de la notion de régulation, fondée d'une part sur les objectifs de cette fonction et d'autre part sur les modalités spécifiques d'intervention des autorités ayant en charge une mission de régulation. Les modalités spécifiques d'intervention des autorités ayant en charge une mission de régulation. Les modalités spécifiques d'intervention sont un panel de prérogatives allant de la réglementation *a priori* aux décisions particulières, sanctions ou règlements des conflits *a posteriori*. Parmi les objectifs assignés à la fonction de régulation, on retient en premier lieu l'impératif de contrôle du respect de la concurrence afin que le marché puisse produire tous les effets que l'on attend, mais aussi, en second lieu, l'objectif de rétablir l'équilibre des pouvoirs ou de rééquilibrer les forces en présence, soit par des interventions préventives, soit par la mise en place d'un mécanisme répressif. » S. NICINSKI, Droit public des affaires, *op. cit.*, p39.

⁷³⁵ A. SEE, Le réseau, modèle de régulation ?, Energie – Environnement – Infrastructures n°10, Octobre 2016, dossier 25

⁷³⁶ J. CHEVALLIER, Ecole nationale d'administration, RFAP, 2004/3 n°111, p473 à 483

Le passage à un État régulateur est une certitude. Cependant, dans le cadre du service universel, renforcé ou optimisé, l'État ne pourrait tenir un rôle effacé. Ce dernier permettant d'aller au-delà du socle des directives, il y a très clairement un rôle de « prescripteur » de service universel que doit tenir l'État.

2. *Le nécessaire repositionnement de l'État pour le renforcement du service universel*

Le qualificatif de « régulateur » définit sans doute très bien ce qu'est l'État aujourd'hui. Cependant cet adjectif ne doit pas conduire à la considération que l'État est en retrait, car si économiquement il recule, il doit prendre une autre place sur le plan normatif.

Plusieurs auteurs expliquent d'ailleurs en substance que l'État n'est pas dans cette position de mise en retrait, et que son rôle de régulateur lui permet toujours d'agir sur de nombreux plans. *« La figure de l'État régulateur réactive de prime abord le principe fondateur qui est au cœur de l'institution étatique. Si elle implique bien une redéfinition du rôle de l'État, elle ne signifie nullement le retour à l'État libéral du passé : l'État régulateur reste l'État socialement actif qu'il est devenu avec la construction de l'État providence. Et si l'économie reste son point d'application privilégié, la logique de la régulation travaille en profondeur l'architecture étatique, en se lovant dans les modes d'organisation et d'action traditionnels. »⁷³⁷*

Dans le cadre du service universel, bien qu'un socle soit fixé par les directives européennes, il est important de ne pas oublier la marge de manœuvre dont disposent les États pour pouvoir aller plus loin que ce qui est prescrit par les directives⁷³⁸. C'est peut-être ici qu'un État ambitieux en termes de service universel et de socle de services publics pour ses usagers trouverait une place : celle d'un repli économique, mais d'un interventionnisme normatif total. La Cour des comptes a notamment souligné la perte même de cette activité régulatrice en expliquant qu'« avec l'ouverture des marchés à la concurrence, en application des dispositions européennes, l'État régulateur délègue à des autorités indépendantes cette responsabilité de régulation naguère exercée par les administrations centrales » tout en n'omettant nullement de souligner l'un des rôles premiers de l'État : « porteur de politiques publiques et prescripteur de missions de service public [qui] met en œuvre des politiques d'intérêt général : protection des intérêts essentiels de la Nation, protection de la santé et de l'environnement, politique de

⁷³⁷ A. SEE, Le réseau, modèle de régulation ? *op. cit.*

⁷³⁸ V. Ch. 2, Section 1, §2, La marge des États dans la transposition

l'emploi, action sociale, aménagement du territoire politique des transports, gestion du domaine public, etc...⁷³⁹ »

Dans un service universel développé et ambitieux, le rôle de l'État serait redéfini. Certes, il resterait régulateur⁷⁴⁰ mais ce rôle devra être précisé eu égard à l'intensité de son interventionnisme. Il est possible de se figurer une pyramide de l'interventionnisme étatique, lui-même divisé en interventionnisme économique et normatif. Si dans le cadre de l'État libéral, aujourd'hui révolu, il n'y aurait ni interventionnisme économique, ni normatif, hormis sur les missions régaliennes, il cumulerait en revanche les deux dans une optique d'État actionnaire. L'État régulateur serait au milieu de ces théories, avec un interventionnisme économique limité par les traités européens mais un interventionnisme normatif nécessaire dans la redéfinition nationale du socle du service universel. Cela corroborerait notamment l'idée de « droits-créances » aux usagers, et recentrerait le rôle de l'État sur cette délivrance. *« Se confirmera ou se dessinera donc, dans l'avenir, l'appréhension de nouveaux « droits-créances » sous tendus par le concept de service universel (...) le recentrage observé sur la mission de la délivrance de prestations à tous, à travers lequel transparaît l'émergence de la consécration de nouveaux « droits-créances » s'inscrit dans une perspective très nettement focalisée sur la « fonction sociale » du service. Cette vision, si elle tend à garantir la couverture de besoins essentiels à l'ensemble de la population, insiste dès lors sur l'une des facettes particulière du service public, en focalisant son intervention sur la préservation de la cohésion, et tout particulièrement de la cohésion sociale. (...) Au niveau de l'Union européenne comme, désormais, au niveau national, c'est cette fonction sociale qui légitime la logique de service public dans les services en réseaux intéressés.⁷⁴¹ »* L'État apparaît ainsi comme l'institution qui doit satisfaire ces « droits-créances » par l'utilisation de ses moyens normatifs, ce qui redonnerait de la vigueur au service universel.

Finalement, pour en revenir à la question de départ, la pensée de Léon Duguit ne semble pas obsolète. Si l'État doit « agir pratiquement » il le fera désormais, certes non économiquement, mais en prescrivant un socle de service public.

⁷³⁹ Cour des comptes, L'État actionnaire, p59-60

⁷⁴⁰ Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche explique notamment que ces multiples délégations de la régulation aux AAI n'enlèvent rien à l'Etat : « *L'on peut toujours trouver un point de contact entre les AAI, qui pourrait justifier leur fusion. Plus encore, parce qu'elles participent toutes à la défense de l'intérêt général et du faible, le schéma idéal, à suivre les auteurs, serait de les fusionner toutes. Cela s'appellerait : l'État.* » M.A FRISON-ROCHE, Autorités administratives incomprises (AAI), La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 49, 6 Décembre 2010, act. 896

⁷⁴¹ C. BOYER-CAPELLE, Le Service public et la garantie des droits et des libertés, soutenue le 10 juillet 2009, Université de Limoges, p153, 172 et s.

CONCLUSION CHAPITRE II

La physionomie du marché a été totalement renouvelée avec l'apparition de la mise en concurrence et la mise en place du service universel. La grande avancée permise par ce nouveau marché est la transparence engendrée par le mouvement de libéralisation. Alors que l'opacité du système de service public à la française a souvent été critiquée, la trajectoire est largement corrigée par le service universel et les obligations européennes.

Le service universel est au fondement d'un renouvellement théorique, permettant de concilier à la fois accessibilité, libéralisation et transparence, comme le démontre l'application de la théorie des facilités essentielles. Le renouvellement est également organique, avec une régulation transparente grâce aux AAI et au démantèlement des monopoles. Enfin, sur la principale critique adressée au secteur public, la transparence est désormais également financière avec une recherche du coût exact des obligations de service universel et de leurs modalités de financement.

Le service universel n'offre donc pas que des opportunités d'accessibilité, mais également de transparence ce qui vient renouveler le visage du service public français.

CONCLUSION TITRE I

En faisant du service universel la notion sur laquelle la concurrence peut s'appuyer pour établir une accessibilité de tous les usagers, la charge aurait pu sembler lourde pour cette dernière. Mais le poids de la libéralisation ne repose pas encore entièrement sur elle. Le système français conserve un certain nombre de particularités, dont le poids de l'État sur ses anciens monopoles, ce qui semble rassurer gouvernants et usagers. Cela peut également tenir au fait que le service universel est encore trop restreint dans ses ambitions tenant à son champ d'application et à la hauteur de son socle de protection.

Pourtant, dans ce nouveau régime hybride qui concilie accessibilité et libéralisation, il conviendrait de faire confiance au service universel qui démontre qu'il sait conjuguer libéralisation, transparence et accessibilité et qu'il peut être le fondement d'une nouvelle vision du marché.

Titre II : Complémentarité du service universel et de la protection de l'utilisateur

Le service public est avant tout au service de l'intérêt général et ainsi, de l'utilisateur. En France, les traditionnelles lois de Rolland conduisent, sous réserve de l'ensemble de la jurisprudence, à protéger les intérêts des usagers. Le service universel, longtemps critiqué pour avoir prétendument méconnu la valeur du service public en France, va se concilier et s'enrichir avec ses principes directeurs (Chapitre I). Plus encore, il se rapprochera de véritables droits fondamentaux au cœur d'une nouvelle vision de l'utilisateur français et européen, complétant les différents droits-créances et chartes, surtout si son champ d'application était développé (Chapitre II).

Chapitre I : Complémentarité du service universel et des grands principes du service public

Les lois de Rolland, balisent depuis plus d'un siècle, le service public en France. Le service universel lui, plus jeune, apporte de nouvelles garanties, qui ne sont pas les mêmes, à l'utilisateur. Pour ce dernier, il ne s'agit pas forcément d'un doublement de la protection par des garanties différentes car ces dernières peuvent se ressembler. L'intérêt ici est d'étudier les garanties des lois de Rolland et leur conciliation avec le service universel. Deux lois de Rolland sont à analyser particulièrement avec le service universel⁷⁴² : l'égalité qui, sous certains aspects, rejoint la question de l'accessibilité exigée par la notion européenne et dans le même temps l'adaptabilité qui rejoint la question de la qualité. Face à la dualité de ces notions, doit-on parler d'enchevêtrement ou de complémentarité ?

Il est possible de constater d'une part que le principe d'égalité est modernisé par le service universel, grâce à une approche de l'égalité plus réelle (1§). En revanche, le principe d'adaptabilité, quant à lui, ne semble pas obtenir de garanties supplémentaires avec la notion européenne, et le législateur français est plutôt celui qui protège l'utilisateur depuis quelques décennies (2§).

Section I : L'évolution du principe d'égalité en France au prisme du service universel

Si, dans un but de cohésion sociale, l'égalité est un objectif, le droit des services publics s'applique à tenter de l'atteindre, étant « *la troisième règle fondamentale qui gouverne*

⁷⁴² Le principe de continuité contient plutôt un intérêt du point de vue spatial, v. supra

*l'organisation et le fonctionnement des services publics.*⁷⁴³» Le principe se caractérise pourtant en France par son insuffisance. Le service universel devait apporter une nouvelle égalité, mais cela n'a pas empêché une partie de la doctrine de formuler des critiques envers ses carences (1§). Il garantit pourtant une certaine protection des plus vulnérables, alors que le droit français se trouvait en situation d'échec envers eux. Si la situation reste perfectible, un enrichissement du droit interne est à considérer grâce au service universel (2§).

1§ Les insuffisances du principe d'égalité en France

L'égalité, principe consacré par la devise républicaine, se trouve au cœur des notions à la fois de service public et du service universel. Sa consécration par la DDHC⁷⁴⁴ ou la CEDH⁷⁴⁵ ne pouvait laisser en présager autrement. Pourtant, bien que l'égalité soit partie intégrante de l'idée de service universel, une partie de la doctrine a dénié conférer une protection de ce principe au moment de son instauration, laissant entendre qu'il serait un instrument de fracture de la cohésion sociale (A). Ce propos mérite d'être nuancé quand, en droit interne, le principe se trouve déjà malmené (B).

A. La crainte d'un service public à deux vitesses

1. Des critiques formulées au regard du rapport de la société avec le principe d'égalité

L'auteur Pierre Strobél résume la crainte d'un service universel qui créerait un service public à deux vitesses par une question courte mais explicite : « *Un service public des pauvres ou universel ?*⁷⁴⁶ »

⁷⁴³ J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, *op. cit.*, p.565.

⁷⁴⁴ Dès l'article 1^{er} qui dispose que « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* »

⁷⁴⁵ L'article 14 dispose que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

⁷⁴⁶ P. STROBEL, Services publics et cohésion sociale in Recherches et Prévisions, n°42, décembre 1995. Quels services pour quels publics ? La délicate mutation des CAF. pp. 7-17

L'arrivée du service universel, concomitante avec la libéralisation des services publics, a entraîné, par ce séisme, de profonds débats sur l'éventuelle atteinte au principe d'égalité tel que connu en France. Cette rencontre entre service public et service universel créa une forme d'incompréhension parmi une partie la doctrine qui rejeta ce dernier, considérant qu'il s'agissait d'une remise en cause de la conception de l'égalité.

Il faut sans doute, en premier lieu, revenir sur la valeur et l'appréhension de l'égalité en France. La décision *Chomel* du Conseil d'État de 1911 considérait que le requérant ne devait être placé « *en dehors de l'application de la règle générale* » à la suite de « *la dépêche du directeur des postes de l'Isère, confirmée par celle du sous-secrétaire d'État, [qui] spécifie expressément que les télégrammes adressés au requérant ne lui seront plus, à l'avenir, remis qu'au bureau télégraphique de Faverges ou par le service postal, à moins que le requérant ne consente à placer une boîte et une sonnette à la porte de son enclos.*⁷⁴⁷ » De cette décision, l'interprétation qui en découlait était, de manière simple, l'égalité des usagers devant le service public⁷⁴⁸.

C'est le début d'une conception française de l'égalité reposant sur une identité de traitement des usagers. Rapidement, à la question de l'égal accès au service public, s'est greffée la question de leur accès dans le contexte d'inégalités sociales, où la réponse fut la même : l'identité de traitement entre usagers⁷⁴⁹ : « *Il ne s'agit pas, en somme de s'occuper des plus pauvres mais de s'occuper de tous. En un mot, la République sociale occulte la pauvreté par le souci d'égal promotion de tous.*⁷⁵⁰ » Cette justification amène notamment à l'égal accès au service public par la notion de gratuité du service, qui permet de placer l'utilisateur non dans le contexte de sa pauvreté, mais de celui d'un usager confondu parmi les autres⁷⁵¹. C'est à travers cette conception française de l'égalité qu'est mis en avant la notion de cohésion sociale.

⁷⁴⁷ CE, 29 déc. 1911, *Chomel* : *Rec. CE* 1911, p. 1265 ; *S.* 1914, 3, 102.

⁷⁴⁸ En ce sens, « A l'origine du principe, se trouvait la volonté du juge d'assurer, sans plus, une égalité de traitement entre les usagers d'un même service public » J.F LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, p566, *op. cit.*

⁷⁴⁹ En ce sens, la Professeure Diane Roman explique dans sa thèse que « *La première technique de réduction des inégalités sociales repose sur une certaine conception du principe d'égalité tendant à ce que, au nom de la cohésion ou de l'intérêt général, chacun soit traité de façon identique.* » D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002, p96

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ « *La pauvreté et sa nécessaire atténuation ne sont pas en tant que telles prises en compte, puisqu'elles sont dissimulées derrière la notion d'égalité, qui constitue l'objet central du service public. Il ne s'agit pas, en sorte, de repérer qui sont et où sont les pauvres, mais bien au contraire, de traiter indistinctement chacun de façon « favorable », par la gratuité ou la péréquation tarifaire.* » *Ibid.* De même, l'auteur rappelle la position du Doyen Hauriou qui considère l'égalité comme « *la grande raison d'être de l'organisation des services publics* » qui ne peut être obtenue que par la gratuité M. HAURIOU, *Précis*, Sirey, 9 éd., pp 45 et s.

La mise en concurrence de ce qui relevait autrefois du secteur public va conduire à une vraie crainte d'une partie de la doctrine de l'époque d'une remise en cause du principe d'égalité. En heurtant les monopoles nationaux et en défragmentant le secteur public⁷⁵², il était légitime de se poser la question : l'homogénéité de la catégorie des usagers allait-elle aussi succomber à cette dislocation, détruisant avec elle une certaine forme d'égalité⁷⁵³ ? Le service universel a ainsi été au cœur d'une véritable défiance, au début de sa mise en œuvre. La création d'un socle de service public questionnait la notion d'égalité. L'offre d'un service de base laissait entendre qu'il y aurait des services additionnels que pourrait obtenir la catégorie de population qui n'est pas visée par le service universel, autrement dit en dehors des personnes en situation d'exclusion sociale ou géographique. Instrument venant mettre à mal les notions de cohésion sociale et de principe d'égalité entre usagers, le service universel se trouve fustigé de toutes parts, notamment par la Haute juridiction qui annonce « *immoler sur l'autel de la concurrence les intérêts de la collectivité et des usagers et des consommateurs qui ne peuvent être assimilés à des intérêts vitaux*⁷⁵⁴. » Marceau Long ajoute que « *c'est au fond la conception d'un service minimal dans un environnement concurrentiel, sans doute peu à même de remplir le rôle d'instrument de cohésion sociale et de lutte contre l'exclusion que l'on attend du service public dans la conception française.*⁷⁵⁵ »

⁷⁵² « La conception française du service public est, en effet, profondément ancrée dans le consensus social [...], le besoin de service public est fort et la notion de service public est étroitement liée à la notion de secteur public [...] on ne peut appréhender le secteur public français que grâce à la notion de service public : les deux notions sont profondément liées : la notion française de service public colorant la vision du secteur public » B. STIRN, La conception française du service public, CJEG 1993. 302-303, citée par C. KALOUDAS, La conception française du service public à l'épreuve du droit de l'Union Européenne, Revue de l'Union européenne, 2013, p156

⁷⁵³ Parmi les interrogations, il est possible de retrouver notamment la Professeure Michèle Voisset « Ne risque-t-il pas, en effet, d'y avoir antinomie entre des missions de service public qui ont des buts purement nationaux de développement économique et de cohésion sociale et un actionnariat étranger qui sera d'abord soucieux de rentabilité ? » M. VOISSET, Le service public autrement ; De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux, RFDA 1995, p304 ou encore l'étude du Professeur Kovar, R. KOVAR, Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée, RTD Eur. 1996 p.493

⁷⁵⁴ CE, Rapport public 1995, Service public, services publics, déclin ou renouveau ? p.115 En outre, un certain nombre d'auteurs se sont fait l'écho du débat doctrinal et ont mis en lumière les critiques, tels que Pierre Esplugas qui explique que « La notion de service universel présenterait également le risque d'écarter des progrès technologiques ceux qui n'ont pas accès à ce type de service. À ce titre, elle aurait pour conséquence de créer des services publics à deux vitesses : un service public sans doute accessible à tous mais réduit aux prestations de base et d'autres services fournissant des prestations plus élaborées mais accessibles à ceux qui sont disposés à en payer le prix. » P. ESPLUGAS, Le service universel, *op. cit.*, p150 ou Martine Lombard qui explique que « La principale critique adressée au service universel serait de créer le risque « d'une dualisation ou d'une segmentation accrue de la société », dans la mesure où il ne relèverait que d'une logique assistancielle, puisque seuls les services de base bénéficient de cette garantie d'accessibilité. Par-là, seule la population à plus hauts revenus pourrait accéder aux services allant au-delà de cette couverture minimum. » M. LOMBARD, « Service public et service universel ou la double inconstance », Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public 2002, p512 et s.

⁷⁵⁵ M. LONG, Service public, services publics : déclin ou renouveau, RFDA 1995, p497

De la part de la doctrine, il y a tout autant de réserves, pour employer un euphémisme, à l'encontre du service universel. L'égalité est remise en cause, ce qui pourrait condamner non seulement le principe⁷⁵⁶, mais aussi, puisqu'elle est partie intégrante de la devise républicaine, l'État tout entier⁷⁵⁷. Il y aurait ainsi une fracture de l'égalité, du fait d'une logique assistancielle⁷⁵⁸, et un terme universel qui ne serait alors qu'un « faux-ami⁷⁵⁹ ».

2. Des craintes relativisées

Les critiques qui ont été formulées au sujet du service universel et son lien avec le principe d'égalité ont tout de même été relativisées.

D'une part, il faut considérer que la peur d'un service public à deux vitesses est atténuée par la consistance des prestations du service universel. Des craintes ont été exprimées quant au service de base que représentait la notion européenne. Néanmoins, il faut noter que ce service basique

⁷⁵⁶ « On sait bien que service public et marché ne s'excluent en réalité pas et que la concurrence [...] s'impose à un nombre croissant de services publics. Et cela a de lourdes conséquences sur les principes [...] L'unité des principes est en effet affaiblie, et cela depuis longtemps. » D. TRUCHET, Unité et diversité des « grands principes » du service public, AJDA 1997 p.38

⁷⁵⁷ Le Professeur Dubouis note ainsi que « Le droit communautaire oppose la logique du marché concurrentiel au service public ; ce dernier fonde sa défense sur la satisfaction des intérêts de tous les usagers [...] Le débat sur la compatibilité de notre système de service public avec le droit communautaire nous concerne d'autant plus, nous Français, qu'il s'avère un élément de réflexion sur le rôle de l'État dans la société. » L. DUBOUIS, Le service public et la construction communautaire, RFDA p291.

⁷⁵⁸ Le Professeur Nihoul pose notamment la question de la logique du service universel : « *Lorsque des mesures destinées à protéger des consommateurs sont financées par d'autres consommateurs, peut-on parler de mesures visant à améliorer la protection des consommateurs en général ?* » PAUL L. NIHOUL, Les relations entre libéralisation et protection des consommateurs. Une analyse fondée sur l'étude du cadre réglementaire relatif aux communications électroniques dans la Communauté européenne, Revue européenne de droit de la consommation 2-3/2009, p439 et s

⁷⁵⁹ Il faut aussi reprendre l'analyse du terme « service universel » par le Professeur Guglielmi qui note entre autres « *l'objet réel [du service universel] est la régulation des grands marchés sectoriels et non la cohésion sociale. Tout d'abord, [...] la cible définie de l'utilisateur final suppose un utilisateur effectif et non pas potentiel. En d'autres termes, les exclusions sociales et économiques profondes demeurent inaccessibles à ce service voulu universel.* » G.J. GUGLIELMI, Un service public universel ?, *op. cit.*

est, pour certains secteurs comme La Poste, à hauteur du service public en France⁷⁶⁰ et que le service universel doit suivre les mutations technologiques⁷⁶¹.

D'autre part, le mécanisme du financement du service universel, loin des critiques précédemment évoquées, est un instrument amenant à la cohésion sociale. L'idée de péréquation tarifaire porte en soi la solidarité. Diane Roman mentionne dans sa thèse qu'« *un souci de solidarité conduit à pratiquer des tarifs identiques sur l'ensemble du territoire [...] La péréquation tarifaire a pour fondement la solidarité et pour objectif la cohésion sociale. Dans ses modalités, elle tend à ce que le prix pratiqué soit non seulement raisonnable, mais, de surcroît, le même pour tous*⁷⁶². » Si des critiques sur un prétendu service public à deux vitesses peuvent être entendues, elles sont peu compréhensibles envers le système de financement. Jean-François Lachaume rappelait notamment que « *la pire des inégalités consisterait à traiter tous les usagers de la même façon, car l'inégalité des moyens a tôt fait d'anéantir l'égalité juridique*⁷⁶³. »

Il est néanmoins vrai qu'un socle de services laisse forcément supposer des services additionnels qui n'y entrent pas. Cependant, le principe d'égalité tel qu'appliqué aujourd'hui en France laisse tout aussi dubitatif quant à la perfection de ce dernier, et le service universel, bien que décrié, apporte une autre forme d'égalité susceptible de parfaire les défauts du droit interne.

⁷⁶⁰ Martine Lombard remarque d'ailleurs que « le service universel couvre bien l'essentiel des services qui relevaient jusqu'alors du service public, qu'il s'agisse du service de courrier, des colis, ou du service de téléphonie fixe. M. LOMBARD, « Service public et service universel ou la double inconstance », *op. cit.* En ce sens également, l'idée de droit-créance bien connu du droit français permet également de rapprocher le service universel de ce qui est pratiqué dans l'Hexagone : « la mise en place du service universel se confond alors avec la reconnaissance d'un standard minimal de vie sociale et d'une créance sur la société que l'on pourrait aussi bien formuler, à l'instar du préambule de 1946 ou de la loi d'orientation des transports intérieurs de 1983, en termes juridiques : droit au transport, droit au téléphone, droit à la communication. » M. DEBENE, O. RAYMUNDIE, Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ?, *op. cit.*

⁷⁶¹ Ici, Pierre Esplugas nuance les critiques du Conseil d'État. « Les critiques du Conseil d'État doivent aujourd'hui, au regard de l'évolution des droits de l'Union et interne, être relativisées. En effet, le service universel est une notion, par nature, dynamique appelée à évoluer en fonction des mutations technologiques, des exigences nouvelles de l'intérêt général et des besoins des usagers. » P. ESPLUGAS, Le service universel, *op. cit.*

⁷⁶² D. ROMAN, Le droit public face à la pauvreté, LGDJ, 2002, p96, *op. cit.*

⁷⁶³ J.F. LACHAUME, Grands services publics, Masson, 1989, p308

B. Un principe d'égalité malmené en droit interne

1. Le constat d'une égalité peu située

La contestation du service universel au motif d'une rupture de l'égalité des usagers devant le service public ne semble pas tenir compte de la réelle effectivité du principe tel qu'il est appliqué aujourd'hui en France. Le droit des services publics permet, depuis une jurisprudence désormais largement établie, appliquée et interprétée, la différence de traitement entre usagers placés dans des situations différentes⁷⁶⁴. La décision de principe du Conseil d'État *Denoyez et Chorques* indiquait ainsi que « *la fixation de tarifs applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure.* » Ce considérant laisse tout d'abord, à première vue, comprendre qu'il y a une objectivité claire dans la différence de traitement, ce qui *a priori* ne pose aucun problème en termes de justification de l'application du principe d'égalité fondé sur l'objet du service ou l'intérêt général⁷⁶⁵.

Or, depuis la décision de 1974, la jurisprudence s'est appliquée, affinée et a considéré comme fondées un certain nombre de différences de traitement qui rendent incertains les contours de l'égalité en droit public français. La doctrine le met notamment en évidence, affirmant que « *les décisions jurisprudentielles [...], qu'elles admettent la création de catégories différentes d'usagers ou, au contraire, qu'elles considèrent illégale une telle création, mettent en valeur les possibilités d'arbitraire administratif dans l'institution des catégories et les discriminations injustifiées qui peuvent, en conséquence, être établies entre les usagers entre différentes catégories, avec l'instauration d'un traitement discriminatoire entre les usagers n'appartenant pas à une même catégorie, vivifie le principe d'égalité face au fonctionnement du service public ou, au contraire, le tient en échec*⁷⁶⁶. » Didier Truchet souligne également « *qu'une différence de situation se construit en fonction de considérations variées et parfois imprévisibles et qu'une raison d'intérêt général est nécessairement contingente*⁷⁶⁷. »

⁷⁶⁴ CE, Section, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n°88032 88148, publié au recueil Lebon

⁷⁶⁵ Voir en ce sens le développement H. PAULIAT, Égalité de traitement dans le service public in D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (dir.), Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, L'Harmattan, 2021, p153

⁷⁶⁶ J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, *op. cit.*, p566

⁷⁶⁷ D. TRUCHET, Unité et diversité des « grands principes » du service public, *op. cit.*

Parmi les exemples les plus équivoques de cet arbitraire administratif, le service public ferroviaire brille par l'indétermination de son égalité. À plusieurs reprises, le juge administratif valide un nombre croissant de différences de tarifs s'appliquant entre les usagers sur des motifs variables. Le Conseil d'État, saisi pour avis, s'était prononcé notamment sur la modulation temporelle du tarif du TGV Nord. *« Il convient de relever que la modulation temporelle des tarifs de base vise un double objectif : par l'augmentation des tarifs appliqués sur les trains les plus fréquentés, elle permet d'écrêter les pointes de trafic et de limiter ainsi les frais d'exploitation ; par la réduction des tarifs appliqués sur les trains les moins fréquentés, elle permet de faciliter l'accès du TGV à des catégories plus larges de la population. On ne peut contester que de tels objectifs répondent à la mission confiée à la SNCF par les articles 1^{er} et 13 de son cahier des charges⁷⁶⁸. »* Ici, le principe d'égalité des usagers devant le service public ferroviaire se trouve malmené, surtout lorsqu'est mise en lumière la présence de *« trente-neuf possibilités de prix, avec une différence pouvant aller de 1 à 5, en fonction du type de train, du type de liaison et de l'heure⁷⁶⁹. »* Par une jurisprudence plus récente, le Conseil d'État a de nouveau considéré une différence de tarif comme justifiée entre les TGV Nord-Lille-Paris et les autres liaisons TGV nationales.⁷⁷⁰ Cette décision peut de nouveau surprendre quant à la malléabilité du principe d'égalité, ce qu'une partie de la doctrine a effectivement noté. Mathieu Touzeil-Divina explique ainsi que *« Dans toutes les hypothèses, il s'agit toujours bien de transports ferroviaires desservant à quelques minutes près le même type de gares, avec un matériel roulant quasi identique et un service très comparable. »* Il insiste alors sur le fait qu'il *« faudrait a minima cesser d'oser parler de service public et d'égalité d'accès à ce dernier lorsque les éléments principaux qui concourent à la pléiade des tarifs SNCF (toujours plus nombreux, obscurs et enchevêtrés) sont plutôt la politique commerciale et concurrentielle sinon le profit⁷⁷¹. »*

Il y a donc aujourd'hui un vrai doute sur la consistance du principe d'égalité en France et un écho partagé dans la littérature juridique, ce qui permet de laisser une incompréhension subsister quant aux défiances face au service universel et cette prétendue double vitesse. La

⁷⁶⁸ CE, Ass., avis, 24 juin 1993, Tarification du TGV et égalité devant le service public, n°353.605, 24 juin 1993 (Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DEL FARRA, F. ROLIN, Les grands avis du Conseil d'État, 3^{ed.}, 2008, p245.)

⁷⁶⁹ M. LOMBARD, « Service public et service universel ou la double inconstance », *op. cit.*

⁷⁷⁰ CE, 10 octobre 2014, Région Nord-Pas-de-Calais, n°368206

⁷⁷¹ M. TOUZEIL-DIVINA, Légalité de la rupture d'égalité ferroviaire ?, JCP Administrations et collectivités territoriales, n°42, 20 octobre 2014, act. 803. En ce sens également, sur la justification du Conseil d'État basée sur la rapidité et le confort du service, Thomas Destailleur indique que ces derniers ne peuvent s'apprécier *« que sur une même liaison et non avec d'autres liaisons. »* T. DESTAILLEUR, Tarification ferroviaire : principe ou exception d'égalité ?, Energie – Environnement – Infrastructures, n°3, mars 2015, com. 28

cause de cette vision extensive de l'égalité se trouve sans doute dans une logique de subjectivisation de l'utilisateur qui, finalement, rejoint assez clairement les objectifs du service universel.

2. Une cause à rechercher dans la subjectivisation de l'utilisateur

Pour Jean Rivero, l'évolution de la conception de l'égalité, constatée entre les jurisprudences *Chomel* et *Denoyez et Chorques*, est à concilier avec la naissance de l'État interventionniste. « *Du jour où l'État interventionniste est entré dans le jeu de l'économie, les perspectives ont changé. Plongé dans ce milieu nouveau, le vieux principe d'égalité y a rencontré les hommes sous un jour qu'il ne connaissait pas : producteurs, travailleurs, chefs d'entreprises, chacun selon sa branche, sa région, sa situation économique, a ses problèmes propres. Appliquée à l'action économique du pouvoir, la notion d'égalité appelle un nouvel examen*⁷⁷². » De même, la jurisprudence européenne voyait les bouleversements du principe, à l'aube même de sa vie, en 1957, lorsque l'Avocat général Lagrange percevait « *combien l'interventionnisme économique restreint par lui-même le champ du principe d'égalité*⁷⁷³. » L'Union Européenne aujourd'hui établie et la doctrine contemporaine ne remettent pas en cause ces affirmations.

L'égalité des usagers devant le service public prenait un sens parfait, comme le suggérait le Doyen Hauriou, lorsqu'était évoquée la gratuité⁷⁷⁴. Or, l'évolution des services publics et de l'État interventionniste a conduit au développement des services publics industriels et commerciaux emmenant avec lui la tarification à l'utilisateur. Cette mutation conduit à repenser l'égalité à l'aune d'une accessibilité tarifaire, qui serait le nouveau pilier d'une solidarité permettant aux plus démunis d'accéder à des services frappés du sceau de l'intérêt général.⁷⁷⁵

Cette nouvelle approche de l'égalité fondée sur les services publics naissant du fait de l'interventionnisme de l'État fait donc place à une égalité réelle des usagers⁷⁷⁶ et ainsi à sa subjectivisation. Des travaux menés sur la relecture des lois du service public rejoignent ce sens : « *De ce tiraillement entre efficacité économique et efficacité – ou cohésion – sociale,*

⁷⁷² J. RIVERO, Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français in Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XIV, 1961-1962, p352.

⁷⁷³ CECA Haute Autorité, n°13/57 du 17 avril 1957 modifiant la décision n°3/52 du 23 décembre 1952 relative au montant et aux modalités d'application des prélèvements prévus aux articles 49 et 50 du Traité, concl. Lagrange

⁷⁷⁴ V. supra

⁷⁷⁵ En ce sens « *le déclin du mythe de la gratuité destinée à assurer l'égalité réelle s'est accompagné de la naissance d'une nouvelle antienne : ce n'est plus la gratuité du service qui est perçue comme un moyen de réduire les inégalités mais bel et bien son prix lui-même.* » D. ROMAN, Le droit public face à la pauvreté, p96, *op. cit.*

⁷⁷⁶ V. infra

*résulte une double lecture, elle aussi économique et sociale, du principe d'égalité devant le service public qui nourrit, en retour, la réflexion sur sa subjectivisation. Précisément, cette double lecture rappelle à l'esprit que les variations subjectives du principe s'inscrivent dans un contexte néolibéral, à l'aune duquel elles doivent être appréhendées*⁷⁷⁷. » Ce mouvement de subjectivisation s'inscrit finalement assez nettement dans le cadre des SIEG et du droit des services publics de l'esprit européen concurrentiel : « *Le mouvement actuel de subjectivisation du service public met encore davantage en avant l'utilisateur [...] Ne dit-on pas qu'à chaque utilisateur correspond un service public ; que le service public cesse d'être un service public pour devenir un service rendu à la personne. Une fois le service créé, la personnalisation se poursuit dans le cadre de la relation entre le service public et l'utilisateur, ce dernier devenant client voire consommateur.*⁷⁷⁸ » Il est difficile de blâmer le service universel d'entrer dans une logique de subjectivisation lorsqu'il s'agit d'un mouvement initié dès les années 1950, déjà remarqué par Jean Rivero. Il ne semble qu'être une mesure destinée à rétablir une égalité à la frontière entre formelle et réelle⁷⁷⁹.

Le principe d'égalité connaît donc en France un certain nombre de turbulences liées à un nouveau contexte économique et social. L'égalité formelle ne suffit plus. En distinguant les usagers vulnérables, le service universel vient combler plusieurs lacunes du principe d'égalité. « *Comme Janus, l'égalité a deux faces : l'une tournée vers le passé, l'autre vers l'avenir ; la première condamne toute distinction interdite par la Constitution, arbitraire ou n'ayant aucun rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; la seconde s'efforce de corriger avec toute la prudence nécessaire ce qu'il y a de plus choquant dans l'inégalité des conditions humaines ; de ces deux mouvements l'un est conservateur d'un certain ordre juridique, l'autre tend à le faire progresser ; ils ont pourtant leur source dans le même principe d'égalité qui apparaît ainsi à la fois comme une protection contre l'arbitraire et un mythe pour le progrès social.*⁷⁸⁰ » Le service universel s'identifie à la deuxième face de Janus et vient compléter le principe d'égalité connu en France.

⁷⁷⁷ D. CHARBONNEL, Une relecture des lois du service public, Thèse, Limoges, 5 décembre 2019, p452

⁷⁷⁸ L. JANICOT, Le principe d'égalité devant le service public, RFDA 2013, p722

⁷⁷⁹ V. infra.

⁷⁸⁰ F. LUCHAIRE, Un Janus constitutionnel : l'égalité, RDP 1986, p. 1229-1274.

Le service universel répond en partie aux problèmes posés par l'application du principe d'égalité en France. L'égalité consacrée l'est sous une approche différente : l'égalité formelle républicaine connue en France a laissé place à une égalité réelle, moderne, liée aux nouvelles formes de l'État et à son interventionnisme économique (A). L'égalité nouvellement consacrée vient enrichir les garanties des usagers, sans pour autant être guérir tous les maux du service public (B).

A. Un principe d'égalité nécessairement repensé

1. *L'opposition entre égalité formelle et égalité réelle révélée*

L'égalité ne se conçoit pas dans une forme unique mais peut se révéler sous différents aspects, et croire à un aspect uniforme du principe conduit naturellement à une critique qu'il convient de fait de nuancer. Il est possible de décrire au moins deux facettes de l'égalité qui seraient le fondement de la controverse d'un service public à deux vitesses. L'analyse d'un double visage de l'égalité, loin d'être une problématique récente, se constate dès l'Antiquité sous Aristote, qui essayait de démontrer que « *Si [...] les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas de parts égales ; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales.*⁷⁸¹ » La distorsion de l'égalité peut ainsi se concevoir lorsque les personnes placées dans des situations différentes ne reçoivent pas le même service. Or, il s'agit de la correction qu'essaie d'apporter le service universel, en garantissant à des personnes différentes un traitement différencié.

À travers cette controverse est révélée une vision duale de l'égalité : celle qualifiée de réelle et celle qualifiée de formelle. Lorsqu'est évoquée l'égalité formelle, sa définition repose sur « *une conception strictement universaliste [...] à savoir une demande des mêmes droits pour tous, sans distinction.*⁷⁸² » Il s'agit ici d'une conception qui marque encore particulièrement les

⁷⁸¹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Éditions les Échos du Maquis, v. 1.0, Chapitre V, janvier 2014, p.110.

⁷⁸² F. LEMAIRE, *Égalité formelle* in *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, dir. D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *op. cit.*, p.160.

esprits en France⁷⁸³. L'égalité réelle repose sur un autre postulat, à savoir que « *La norme ne doit plus se contenter d'être formelle dans sa rédaction mais doit viser une égalité avérée.*⁷⁸⁴ »

Le service universel, en se consacrant à un type identifié d'usagers, vulnérables économiquement ou géographiquement, rompt naturellement avec l'égalité réelle, ce qui vient heurter la conception universaliste de l'égalité, marquant encore les esprits en France. La prégnance de cette égalité formelle est sans doute à rechercher dès la Révolution lorsqu'elle fut guide de l'écriture des grands textes régissant pour certains encore notre droit positif. Félicien Lemaire constate à ce sujet que « *des Lumières à la Révolution [...] la demande d'égalité a d'abord été pensée dans sa conception strictement universaliste, comme une égalité formelle [...]. La meilleure illustration est donnée avec la DDHC de 1789. Moins du reste avec l'article 1^{er} qui affirme l'égalité en droits des hommes que les révolutionnaires [...] voulaient distinguer de l'inégalité suivant les moyens et la nature, qu'avec l'article 6 qui précise que « La loi [...] doit être la même pour tous » et qu'il ne saurait y avoir entre les citoyens d'autre distinction « que celles de leurs vertus et de leurs talents ». Cette conception égalisatrice des droits a été régulièrement inscrite dans les textes constitutionnels*⁷⁸⁵. » Aujourd'hui encore, la Constitution réaffirme assurer « *l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion*⁷⁸⁶. » L'imprégnation historique de l'égalité formelle est soulevée par d'autres auteurs, expliquant que « *L'égalité a avant tout été pensée comme un remède à la diversité des statuts et des privilèges connus sous l'Ancien Régime. La solution a donc été trouvée dans un lissage complet conduisant à considérer l'égalité par une loi générale et universelle où tous (à l'exclusion cependant des Noirs et des femmes) étaient traités de manière identique*⁷⁸⁷. » Il semble donc, eu égard à l'histoire et à la tradition républicaine française, depuis la Révolution, que l'égalité formelle soit fortement considérée par le droit national. Une véritable égalité transcende toute différence, en effaçant tout privilège⁷⁸⁸.

⁷⁸³ En ce sens, quant à l'égalité formelle, Nicole Belloubet-Frier note que « *Cette approche universaliste de la justice sociale, surplombante par rapport à ses interprétations locales, est celle de la tradition républicaine française* » N. BELLOUBET-FRIER, Le principe d'égalité, AJDA 1998 p.152.

⁷⁸⁴ D. THARAUD, Égalité réelle in Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, dir. D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *op. cit.*, p.167

⁷⁸⁵ F. LEMAIRE, Égalité formelle in Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, dir. D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *op. cit.*, p.160.

⁷⁸⁶ Article 1^{er} de la Constitution de la Vème République du 4 octobre 1958.

⁷⁸⁷ D. THARAUD, Égalité réelle in Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, dir. D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *op. cit.*, p.167.

⁷⁸⁸ En ce sens également, Danièle Lochak souligne que « *cette égalité, qui passe par la suppression des privilèges, c'est-à-dire au sens strict, des « lois privées », suppose l'uniformité de la règle de droit : « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse », parce que tous les individus, égaux par essence, doivent être traités de façon identique.* » D. LOCHAK, Quelle universalité pour quelle égalité ? in Le droit et les paradoxes de l'universalité, PUF, 2010, p.59.

Des craintes naissent chez les citoyens français, eu égard à cette histoire, lorsque s'éloigne l'égalité formelle. Des liens peuvent également être établis avec l'instauration d'une Sécurité sociale, et ainsi à un accès universel et imprégné de l'égalité formelle. Ainsi, il a pu être rapporté que « *le déclin du principe d'universalité comporte d'abord le risque de conforter la tendance à la dualisation de la société en incitant les plus aisés à se tourner vers l'assurance privée, les plus démunis basculant dans un système d'assurance stigmatisant. Un second risque pour la cohésion sociale provient de ce que le ciblage et la sélectivité remettent en cause une certaine forme de solidarité non seulement économique mais aussi symbolique et heurtent de plein fouet un des dogmes fondateurs de l'État providence sur lequel celui-ci avait bâti sa légitimité : l'universalité des prestations.*⁷⁸⁹ » Paradoxalement, le qualificatif d'universel du service est de nouveau remis en cause lorsque se pose la question d'un service à deux vitesses, puisque le service de base ne correspond pas à l'ensemble des services additionnels qui seraient possibles.

Cette approche formelle de l'égalité en France se ressent jusque dans la jurisprudence nationale. La jurisprudence de la CEDH consacre de manière répétée et continue l'obligation de traiter de manière différente des personnes placées dans une situation différente⁷⁹⁰, tout comme la jurisprudence européenne⁷⁹¹. En droit interne, ce droit à la différence n'est pas consacré, ainsi que le Conseil d'État a pu l'affirmer dans sa décision *Société Baxter*⁷⁹² au même titre que le juge constitutionnel qui énonce que « *le principe d'égalité n'oblige pas le législateur à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes*⁷⁹³. » L'approche historique du principe d'égalité, tout comme sa jurisprudence et les critiques faites au service universel, semble faire du droit français une ode à l'égalité formelle.

⁷⁸⁹ D. LOCHAK, Quelle universalité pour quelle égalité ? in *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p.59 et s.

⁷⁹⁰ Pour une illustration, l'arrêt D.H et autres c. République Tchèque, 13 novembre 2007, 57325/00, § 175 qui énonce que « *dans certaines circonstances, c'est l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, sans justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause.* » En ce sens également Thlimennos c. Grèce, 6 avril 2000, 034369/97, §44.

⁷⁹¹ CJCE, 17 juillet 1963, Italie c. Commission, 13-63 « *la thèse qui vient d'être rejetée serait précisément susceptible de favoriser des discriminations, celles-ci pouvant tout aussi bien consister en ce que des situations non similaires soient traitées de manière identique.* »

⁷⁹² Conseil d'Etat, Assemblée, 28 mars 1997, Société Baxter et a., 179049, publié au recueil « *Considérant que le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents* »

⁷⁹³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-175 QPC du 7 octobre 2011, Société TRAVAUX INDUSTRIELS MARITIMES ET TERRESTRES et autres, cons. 8.

2. L'opposition entre égalité formelle et réelle revisitée

L'égalité formelle cache cependant un certain nombre de défauts qui ne peuvent être corrigés que par l'application d'une égalité réelle. L'insuffisance de l'égalité formelle est connue et a été soulevée par la doctrine : « *La difficulté de cette seule lecture est qu'elle ne règle pas toutes les hypothèses, en particulier celles où les différences de situation sont accusées et constituent une cause systémique des pratiques discriminatoires. Au rebours de la perspective de l'égalité formelle, chacun sait que l'application de la même règle à tous est susceptible de générer des inégalités dès lors qu'il n'est pas tenu compte des différences de situation.*⁷⁹⁴ » Malgré l'attachement pour l'égalité formelle constatée en France, une évolution a tout de même été marquée, notamment du fait des SPIC et de l'émergence de l'État providence⁷⁹⁵. L'égalité formelle ne règle pas toutes les inégalités et pire, risque d'en consacrer. Danièle Lochak explique ainsi que « *pour atteindre l'idéal universaliste, pour garantir une application identique de la règle de droit à tous les individus concrets par-delà leurs différences et les protéger contre les discriminations, on est parfois amené à désigner ceux que l'on veut ainsi protéger et donc à rompre, de façon plus ou moins manifeste, avec la formulation de la règle universaliste*⁷⁹⁶. » Concrètement, cela fait écho au mécanisme du service universel, qui identifie clairement une vulnérabilité économique ou géographique afin de rétablir une égalité d'accès réelle aux SIEG. Cette même chercheuse va plus loin en expliquant que l'égalité formelle intégrant entièrement un système n'existe pas⁷⁹⁷.

Le service universel répond en partie à cette égalité réelle en corrigeant les inégalités. Ce mécanisme repose sur un ciblage des personnes nécessitant une aide, ce qui est fait pour les composantes économiques et géographiques du service universel. « *Il s'agit d'établir la situation de départ pour comprendre si elle est ou non égalitaire. Dès lors que la réalité sert de support à la réflexion égalitaire, la connaissance de celle-ci devient un enjeu à part entière. Cela se traduit par la mise en place d'outils de calcul ou de données sociales permettant d'établir des inégalités persistantes. [...] Ensuite, si le constat montre un déséquilibre, l'égalité réelle permet de trouver des moyens afin de réaliser une égalité dans les faits. Cette volonté*

⁷⁹⁴ F. LEMAIRE, Égalité formelle in Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, dir. D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *op. cit.*, p.160.

⁷⁹⁵ V. supra.

⁷⁹⁶ D. LOCHAK, Quelle universalité pour quelle égalité ? in Le droit et les paradoxes de l'universalité, *op. cit.*, p.59 et s.

⁷⁹⁷ « *Dans les faits, il n'existe pas de système intégralement et absolument universel : les modèles ne sont que des idéaux types et prestations universelles, même lorsqu'elles restent la règle, coexistent avec des prestations versées sous condition de ressources ou indexées sur les ressources du bénéficiaire afin de protéger ceux qui ont un facteur de vulnérabilité particulier.* » Ibid.

*sociale ou politique doit alors se traduire dans le droit.*⁷⁹⁸ » Le législateur européen, lui, ayant tiré le constat d'une inégalité des usagers, a entraîné la réponse juridique qu'est le service universel et le socle d'accès à certains SIEG. En ce sens, l'idée précitée de l'extension matérielle du service universel répond à l'idée d'inégalités qui se trouvent en dehors du champ qu'il couvre actuellement⁷⁹⁹, tout en améliorant sa protection juridique eu égard à la hiérarchie des normes⁸⁰⁰.

A fortiori, à l'instar de la complémentarité entre égalité formelle et réelle, le principe d'égalité classique en droit français et l'égalité appliquée par le droit des services publics se complètent également. Il s'agit d'une forme de modernisation du principe, eu égard au nouveau rôle de l'État à la suite de la libéralisation des SIEG. Le service universel complète et enrichit le service public mais reste susceptible d'amélioration.

B. La complémentarité du principe d'égalité et du service universel

1. La traduction du principe d'égalité en Europe

Le service universel répond finalement à la conception jurisprudentielle européenne de la discrimination, et par ricochet, de l'égalité. En traitant de manière différente des usagers placés dans des situations différentes, le principe d'égalité est ainsi plutôt traité sous son angle réel. Cela dit, l'égalité est donc bien envisagée par la notion de service universel, ce qui doit tempérer les critiques à son égard formulées lors de sa création, qui ne contrarie pas les lois de Rolland pour le service public français⁸⁰¹. Le service universel crée effectivement un socle et une prise en compte des difficultés d'accès de l'utilisateur, mais cette évolution était sans doute inévitable

⁷⁹⁸ D. THARAUD, Égalité réelle in Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, dir. D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *op. cit.*, p.167.

⁷⁹⁹ Le constat en pratique d'une inégalité des usagers est par exemple mis en lumière par Hélène Pauliat : « *Si tous les élèves d'une école ont bien accès à la cantine scolaire, l'application d'un tarif unique de repas à tous conduirait à établir une discrimination entre eux puisque le tarif pratiqué ne représenterait pas pour les parents le même effort financier au regard de leurs revenus.* » H. PAULIAT, Égalité de traitement dans le service public, in Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, dir. D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *op. cit.*, p153 et s.

⁸⁰⁰ V. infra.

⁸⁰¹ En ce sens : « *Le service universel est inspiré du service public « à la française, dès lors qu'il oblige les États membres à se conformer aux exigences analogues à celles posées par les « lois de Rolland » en droit français.* » C. KALOUDAS, La conception française du service public à l'épreuve du droit de l'Union Européenne, Revue de l'Union européenne, 2013, p156

dans le contexte d'un État devenu régulateur⁸⁰². Louis Dubouis notait déjà cette nécessaire prise en compte du nouveau rôle de l'État : « *Qui adhère encore au tout service public aboutissant à une prolifération de services qui, échappant à toute régulation économique et représentant une charge hors de proportion avec les ressources de l'État, s'abîment dans l'insatisfaction générale des usagers ? Qui espère que les besoins de tous les citoyens puissent être convenablement assurés par le libre jeu de la concurrence entre entreprises privées, l'État étant relégué dans les fonctions de maintien de la paix extérieure et intérieure et d'édification des infrastructures nécessaires à l'économie ?*⁸⁰³ » L'égalité est bien abordée par le service universel, dans un contexte modernisé du fait de la nouvelle place d'État régulateur, en concordance avec la subjectivisation de l'utilisateur.

En quelque sorte, à défaut d'un langage commun entre droit européen et droit interne, l'Europe semble traduire, au sens moderne, le principe d'égalité français. Loin du sacrifice sur l'autel de la concurrence précédemment évoqué, le service universel semble concilier les approches de l'égalité pour établir un langage commun entre la France et l'Europe. La doctrine souligne ce point à plusieurs reprises. Yves Gaudemet souligne que « *le droit communautaire admet parfaitement – avec des termes qui ne sont pas ceux du service public – que les règles ordinaires des activités commerciales et notamment des règles de concurrence soient aménagées [...] et l'on s'aperçoit alors, dans l'aménagement des règles de concurrence qui en résulte, qu'est pris en compte – parfois sous d'autres dénominations – ce que la conception continentale du service public avait depuis longtemps identifié comme une sorte de droit commun du service public, autour des principes présentés comme les « lois » de Rolland* » notamment « *l'égalité dans l'accès au service*⁸⁰⁴ » et Bernard Stirn, quant à lui, considère que l'Europe « *a forgé le service universel [et] avec les mots qui sont les siens, le droit de l'Union fait ainsi place aux préoccupations de service public, que l'on retrouve également dans le droit conventionnel, au travers d'obligations positives que la Cour impose aux États, en particulier à l'égard des personnes les plus fragiles.*⁸⁰⁵ » L'Europe ne semble ainsi pas avoir omis le principe d'égalité des lois de Rolland, mais plutôt l'avoir adapté dans ses termes. Son appropriation par le service universel a, par moment, enrichi le principe, même si sa perfectibilité reste à envisager.

⁸⁰² V. supra

⁸⁰³ L. DUBOUI, Le service public et la construction communautaire, RFDA 1995, p291

⁸⁰⁴ Y. GAUDEMET, Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès in Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public, 2002, p.482

⁸⁰⁵ B. STIRN, Le service public dans la jurisprudence du Conseil d'État français, à l'occasion du colloque d'Athènes "Service(s) public(s) en Méditerranée" les 19 et 20 octobre 2017

2. Un enrichissement relatif du principe d'égalité en droit interne

L'égalité « classique » du droit français n'est pas forcément heurtée par l'apparition renouvelée du principe à l'aune du service universel. Au contraire, un certain nombre de points semble plutôt l'enrichir.

D'une part, des critiques avaient été formulées au moment de l'évocation d'un service public « à deux vitesses ». La critique est sans doute à nuancer sous son volet « égalité ». Il est vrai qu'en créant un socle, l'unicité de l'offre est remise en cause. Néanmoins d'une part, elle était globalement déjà remise en cause par l'application du principe d'égalité tel qu'il existait aujourd'hui en France⁸⁰⁶ et de plus, cela omet le caractère évolutif du service universel qui est partie intégrante des directives, dont les États peuvent se saisir pour enrichir ce socle.⁸⁰⁷

D'autre part, la vision de l'égalité par le service universel est dans la continuité du mouvement de subjectivisation de l'utilisateur, et en cela modernise et apporte des garanties à ce dernier. Laetitia Janicot note que « *sous l'influence du droit de l'Union européenne, un certain nombre d'obligations ont été introduites dans le but de rétablir une égalité réelle entre usagers de certains services publics en réseaux [...] Tous ces exemples montrent, il est vrai, une réelle prise en compte de la situation particulière de chaque usager*⁸⁰⁸. » Il s'agit ici d'une autre réflexion sur l'égalité fondée sur l'utilisateur, ce qui peut laisser penser que « *l'approche du service universel se fait selon une démarche inversée. Les textes fondateurs insistent plus sur les conséquences attachées à la notion, au régime, qu'à la notion elle-même.*⁸⁰⁹ » Plus que l'invocation du principe d'égalité en France, l'intérêt porté à l'utilisateur, à son accès, semble offrir plus de garanties. La conclusion pour Louis Dubouis est que le service universel « *s'harmonise avec notre conception du service public. Elle peut de plus contribuer à l'amélioration du service public en incitant ses dirigeants et ses agents à s'acquitter pleinement des obligations*

⁸⁰⁶ V. supra Chapitre 7, Section 1, §1, B, Un principe d'égalité malmené

⁸⁰⁷ En ce sens, les propos de Pierre Esplugas qui rappelle que « *en outre, et surtout, le service universel est conçu comme une « notion plancher » qui autorise les États membres à adopter des obligations de service public plus exigeantes que celles résultant du droit de l'Union pourvu que les moyens restent conformes à ce droit.* » P. ESPLUGAS, *Le service universel*, op. cit., p150. En ce sens également, les propos de Martine Lombard qui considère que la critique « *ne rend pas pleinement justice au caractère évolutif du concept de « service universel », destiné à rendre accessibles à tous certains services, à partir d'un socle que les États peuvent enrichir.* » M. LOMBARD, « *Service public et service universel ou la double inconstance* », Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau, *Les mutations contemporaines du droit public* 2002, p512 et s.

⁸⁰⁸ L. JANICOT, *Le principe d'égalité devant le service public*, RFDA 2013, p722

⁸⁰⁹ M. DEBENE, O. RAYMUNDIE, *Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification*, op. cit.

*dont seul l'accomplissement effectif justifie le statut dérogatoire au regard du droit communautaire de la concurrence.*⁸¹⁰ » La subjectivisation de l'usager est donc une autre facette de l'enrichissement du principe d'égalité par le service universel. Ainsi pour Gilles Guglielmi, « *Le principe d'égalité renforce [...] la définition rendue universelle par sa permanente potentialité, en assurant que la conception même du service devenu effectif en garantisse l'ouverture à une universalité de bénéficiaires.*⁸¹¹ »

Néanmoins, malgré l'enrichissement notable du principe d'égalité par le service universel, il ne faut pas oublier les éléments qui viennent aussi tempérer les aspects positifs. Tout d'abord, il faut constater que la démarche se fait toujours dans le cadre d'une libéralisation et que la mise en concurrence des acteurs entraîne une variété de l'offre, et du prix, des services. Il y a certes une égalité réelle mais le rapprochement avec l'égalité formelle ne peut se faire qu'à la condition d'un rehaussement et d'une meilleure corrélation entre le socle garanti et la moyenne des prestations proposées sur le marché⁸¹².

Il faut ajouter également l'aspect lacunaire du prix abordable mentionné par le service universel. Cela rejoint l'idée du niveau du socle de services proposés. « *Le caractère abordable du service postule une neutralité tarifaire au bénéfice de l'utilisateur du service public de réseau situé dans des zones difficiles d'accès. Cette exigence concernant le coût abordable du service est intéressante, car il s'agit d'une contrainte que la conception française du service public ignorait. Mais sa portée demeure limitée, puisque le caractère abordable du SIEG ne renvoie ni à la gratuité du service ni à la modicité du tarif applicable à une prestation donnée.*⁸¹³ » Autrement dit, satisfaire l'égalité réelle pour les usagers vulnérables nécessiterait une meilleure protection par une interprétation claire de la notion de prix abordable.

Enfin, la protection de l'égalité géographique pourrait également avoir sa place au prétoire. Or, le service universel, tout comme le protocole n°16, « *n'explique pas clairement ce que peuvent être les « droits des utilisateurs » [...] Ce droit d'accès universel ne doit pas être compris comme le droit des usagers au bénéfice du service, exigible auprès des pouvoirs publics. Il est davantage à rapprocher de la théorie des facilités essentielles, issue du droit de la*

⁸¹⁰ L. DUBOUIS, Le service public et la construction communautaire, RFDA 1995, p291

⁸¹¹ G.J. GUGLIELMI, Un service public universel ?, *op. cit.*

⁸¹² En ce sens, Nicole Belloubet-Frier note que l'évolution vers le marché concurrentiel a la conséquence suivante : « *elle n'impose plus les économies d'échelle sous-tendues par les monopoles et, d'autre part, elle favorise l'explosion d'initiatives décentralisées liées aux particularités de l'action locale, ce qui s'éloigne du principe du respect de l'égalité de tous les services publics.* » N. BELLOUBET-FRIER, Le principe d'égalité, AJDA 1998 p.152.

⁸¹³ F. MICHEA, La recomposition des services d'intérêt général à la faveur du Traité de Lisbonne, regards croisés avec le droit français des services publics, StradaLex.

concurrence.⁸¹⁴ » Le service universel n'est pas entendu comme un droit invocable par les usagers. Pourtant, à titre de comparaison, la CEDH a admis des discriminations sur le motif géographique, notamment dans son arrêt *Carson et autres c. Royaume Uni*⁸¹⁵, ce qui pourrait nourrir l'idée d'une opposabilité pour l'utilisateur du droit au service universel.

Le principe d'égalité semble donc avoir une réelle complémentarité avec le service universel, qui le modernise par sa vision de l'égalité réelle. L'étude portée sur l'évolution du principe d'adaptabilité à l'aune du service universel entraîne néanmoins une conclusion différente. Si on considère que la modernisation du principe d'adaptabilité correspond à une notion qui devrait être plus favorable à l'utilisateur, alors le service universel se retrouve en situation d'échec, qui tente d'être palliée par le législateur français.

Section II : L'évolution du principe d'adaptabilité en France au prisme du service universel

L'hybridation du principe d'adaptabilité en France et de la notion de service universel pourrait être celle qui est la plus porteuse d'espoir. Aujourd'hui, le principe d'adaptabilité est ambivalent mais ne profite que peu à l'utilisateur pour être plutôt une arme entre les mains des gouvernants (1§). Or, face à la disparition des services publics, le service universel aurait pu s'avérer une notion efficace grâce à la consécration de l'accessibilité qu'elle entraîne. Malheureusement, celui-ci se révèle totalement inefficace, et le législateur français pallie les manques d'accessibilité par un certain nombre de dispositions dont la réussite laisse également à désirer (2§).

1§ Un principe d'adaptabilité peu favorable à l'utilisateur

Le principe d'adaptabilité devrait emporter autant de garanties à l'utilisateur que les principes de continuité et d'égalité. Or, il est plutôt perçu comme ambivalent et devient plutôt l'explication

⁸¹⁴ *Ibid.*

⁸¹⁵ CEDH, *Carson et autres c. Royaume Uni*, 16 mars 2010, 42184/05. Voir aussi en ce sens, concernant le service public de la justice, CEDH, *Aleksandr Aleksandrov c. Russie*, 27 mars 2018, 14431/06.

de la disparition des services publics (A). Face à cela, l'utilisateur est relativement démuné pour se protéger, surtout juridiquement (B).

A. Définition et reconstruction du principe d'adaptabilité

1. L'ambivalence du principe d'adaptabilité

S'en tenir à une définition simple du principe d'adaptabilité conduit à le concevoir comme la faculté pour l'Administration de modifier ses agissements pour se rapprocher de l'intérêt général, et cela à tout moment⁸¹⁶. Abordée sous cet angle, la satisfaction de l'utilisateur est au cœur du principe du fait du lien étroit entre lui et l'intérêt général. Cela dit, si le principe d'adaptabilité permettait la coïncidence parfaite entre l'intérêt général et l'action de l'Administration, le service universel n'aurait que peu d'utilité. Or, le principe d'adaptabilité nourrit une ambivalence qui ne satisfait que rarement l'utilisateur.

L'adaptabilité au profit de l'intérêt général ne conduit que parfois au maintien des services publics pour l'utilisateur, mais le plus souvent légitime la suppression de leurs implantations sur des considérations économiques. Ainsi « *l'ambivalence de la loi d'adaptation constante du service public est particulièrement prononcée. [...] celle-ci se présente sous deux aspects susceptibles d'être de sens contraire ; elle est « à la fois au service de la domination politique et au service des citoyens » : cependant qu'elle légitime l'utilisation de prérogatives spéciales par les autorités administratives, elle engendre à leur charge le devoir de réaliser l'interdépendance sociale en assurant le bon fonctionnement du service public.*⁸¹⁷ » La loi d'adaptation se conçoit donc comme permettant à l'Administration un certain nombre de

⁸¹⁶ Il est possible de retenir en ce sens la définition de Professeurs Lachaume, Pauliat et Deffigier qui énoncent que « *A première vue, le principe d'adaptation des services publics se présente comme une sorte de mécanisme régulateur permettant d'assurer une adéquation permanente entre le fonctionnement des services publics et la satisfaction de l'intérêt général.* » J.F LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, *op. cit.*, p.533. Une autre définition peut être vue, celles des Professeurs Guglielmi et Koubi : « *Les expressions « principes d'adaptabilité », « principe d'adaptation constante », ou « principe de mutabilité » du service public convergent toutes vers une même orientation : la capacité du service à absorber les changements intervenant dans son environnement médiat et immédiat. Cependant, elles comportent des différences d'adaptation essentielles. Les unes montrent l'existence, à partir d'une obligation d'adaptation, d'un processus de juxtaposition entre les modifications et le fonctionnement du service considéré. Les autres s'attachent à la propulsion du service public à accompagner ou à susciter des adaptations.* » G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, Droit du service public, *op. cit.*, p.630.

⁸¹⁷ D. CHARBONNEL, La relecture des lois du service public, *op.cit.*, p.319.

sujétions qui entraînent parfois la suppression de services publics, ce qui rend nécessaire le service universel pour protéger de l'éloignement géographique des services.

Dans le cadre d'une suppression, l'utilisateur peut avoir des difficultés à percevoir l'avantage de la disparition d'un service. La déduction de cet avantage est au choix de l'Administration lorsqu'elle évaluera ce que Gaston Jèze nomma « *l'appréciation de l'opportunité*⁸¹⁸ ». Cela découle du fait que pour lui, « *Gouverner, c'est administrer, c'est agir. Agir, c'est prendre des décisions, donner des ordres pour atteindre certains buts*⁸¹⁹. » Or, le paradigme de l'action publique change et la rentabilité demandée des services publics tend à laisser croire que le principe d'adaptabilité s'éloigne de l'attente que peut avoir un usager⁸²⁰. Il y a un nécessaire équilibre à trouver mais il semble y avoir une distorsion à l'encontre de l'utilisateur. La doctrine analyse à ce titre que « *certes, il ne s'agit pas de maintenir contre vents et marées des services publics d'État ou des localisations de ces services qui n'ont plus ou peu d'utilisateurs et dont le maintien coûte très cher à la collectivité. D'un autre côté, les suppressions alimentent l'exode rural et le déménagement du territoire*⁸²¹. » Aujourd'hui, l'autre côté du problème semble dominer.

2. *L'idée de redéfinition du principe d'adaptabilité*

Il est aujourd'hui assez difficile de penser que le principe d'adaptabilité soit favorable à l'utilisateur. Il apparaît de plus en plus comme un simple alibi de suppression de services publics détenu par les pouvoirs publics. L'analyse de Sophie Nicinski rejoint celle de Gaston Jèze précédemment citée sur l'action des gouvernants mais le voit à l'aune des nouveaux objectifs de ces derniers : « *L'utilisateur constituait au début du siècle un « objectif positif » dans la conception du principe de mutabilité : l'administration disposait de prérogatives importantes*

⁸¹⁸ « *L'activité politique et administrative des gouvernants [...] n'est pas automatique, mécanique. Avant d'agir, les gouvernants (et leurs agents) ont à décider ce qu'il importe de faire pour atteindre tel but social. C'est l'appréciation de l'opportunité. Chaque manifestation d'activité, décision, ordre est précédée de l'appréciation de l'opportunité. Étant donné un problème que pose la vie sociale, l'appréciation de l'opportunité consiste à rechercher si des gouvernants (et leurs agents) doivent intervenir, comment ils doivent intervenir, ou s'ils doivent s'abstenir d'intervenir.* » G. JEZE, *Appréciation de l'opportunité d'agir*, RDP 1943, p.1.

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ Comme l'écrit Jacques Chevallier, « *Les services publics ont été pendant longtemps soustraits à tout jugement en termes d'efficacité : leur unique préoccupation devait être d'accomplir la mission qui leur avait été confiée avec régularité, exactitude, fiabilité, sans s'interroger sur sa pertinence éventuelle ou sur son coût. Cette conception est désormais obsolète : le service public est sommé de tirer le meilleur parti possible des moyens matériels et humains qui lui sont alloués, en améliorant sans cesse sa productivité et son rendement* » J. CHEVALLIER, *Le service public*, *op. cit.*, p.118.

⁸²¹ J.F LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p.533.

*dans l'organisation du service et en direction du délégataire, si elle justifiait son action par l'intérêt commun des usagers. Aujourd'hui, l'administration dispose d'une large marge de manœuvre, quel que soit l'objectif poursuivi à condition de ne pas entraver l'accès normal de l'utilisateur au service. Cette constatation conforte la tendance générale au détournement des lois de Rolland par l'exploitant à son profit : loin de constituer avant tout des droits au profit des usagers, les lois de services apparaissent comme une panoplie de moyens d'action au profit de l'exploitant*⁸²². » Ce problème de distorsion du principe d'adaptabilité est nourri par les nécessités de réduire les dépenses publiques et de les rationaliser. Les différentes politiques d'austérité menées et le poids de l'Union européenne dans la gestion publique ne sont évidemment pas étrangers à ce nouveau paradigme⁸²³. Jacques Chevallier souligne que le service public « *est invité à se doter d'une stratégie cohérente de développement, en définissant ses priorités et ses ambitions ; il est tenu enfin de se soumettre à l'exigence d'évaluation – ce qui concerne aussi bien les performances de ses agents (entretiens d'évaluation) que la gestion des services (audit) ou l'impact des politiques (la réforme budgétaire a prévu l'établissement de « rapports annuels de performance » permettant d'évaluer les conditions d'exécution des programmes)* »⁸²⁴. » C'est donc à travers cette fragilisation des services publics sur l'autel du principe d'adaptabilité que le service universel prend tout son sens : l'utilisateur éloigné géographiquement ou en état de vulnérabilité financière voit le service comme s'éloignant ou disparaissant⁸²⁵.

La disparition du service public est véritablement ce qui peut paraître comme l'effet du principe d'adaptabilité nuisant le plus à l'utilisateur, même si ces décisions sont prises à la faveur de l'intérêt général. Ce que fut la révision générale des politiques publiques (RGPP) en est un exemple parfait, où la protection de l'utilisateur avait été mise en avant, sur le fond d'une réduction du volet de l'action publique. « *Elle s'expose incontestablement comme une réforme pensée du point de vue de l'utilisateur [...] Comment prétendre servir au mieux l'utilisateur quand la contraction de*

⁸²² S. NICINSKI, L'utilisateur du service public industriel et commercial, L'Harmattan, 2001, p.304.

⁸²³ Voir supra., Chapitre 1 Section 2

⁸²⁴ J. CHEVALLIER, Le service public, *op. cit.*, p.118

⁸²⁵ Ainsi, la doctrine note que « *L'administration et les gestionnaires du service n'hésitent pas à invoquer le principe d'adaptation constante dans un sens qui n'est pas toujours favorable à l'utilisateur : suppression d'implantations ou de certaines parties du service public ; réduction des effectifs d'agents limitant les possibilités d'accès au service ; tendance à vouloir le rentabiliser, sans que cela soit toujours bien perçu par l'opinion publique, faute souvent d'une explication claire et préalable. Certes le principe d'adaptation n'a pas été uniquement conçu pour le bonheur de l'utilisateur, il ne faudrait pas non plus qu'en le mettant en œuvre, les responsables des services publics, à quelque niveau qu'ils se trouvent oublient que les usagers, et parmi les usagers isolés, les usagers défavorisés, restent quand même l'une des raisons d'être majeures du service public. Il est vrai que de telles constatations risquent de durer autant que les services publics.* » J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, *op. cit.*, p.533

*l'action publique réclamée par la RGPP réduit l'offre des services publics courants : l'hôpital, l'école, la police, etc... ? [...] L'usager sert d'agent d'ennoblissement d'une politique dont la raison d'être est autre : faire reculer les limites de l'État et d'une action publique devenue trop coûteuse. On trouvera cette réduction du « public » d'autant moins contestable qu'elle sera réputée profiter à ses destinataires.⁸²⁶ » La suppression de services publics « au profit » de l'usager se comprend donc difficilement, notamment de son point de vue, d'autant plus lorsqu'il est isolé. Il ne s'agit pas le plus souvent d'une suppression de l'activité en elle-même, mais d'une suppression de localité, le plus souvent pour des raisons économiques⁸²⁷. Or, « *il n'y a pas de suppression intégrale du service de l'enseignement primaire, du service hospitalier ou du service de transport ferroviaire mais ces fermetures sont perçues par les usagers et les élus comme de véritables suppressions.*⁸²⁸ »*

Un regard objectif sur le principe d'adaptabilité porte donc nécessairement sur une ambivalence qui tend tout de même le plus souvent à des sacrifices de services publics au nom de la rentabilité. Mais le principe d'adaptabilité a aussi un aspect positif pour l'usager lorsque le législateur le prononce à des fins d'accessibilité. Dans ses travaux consacrés au principe d'adaptabilité, Jean-Paul Markus note notamment ces objectifs dans le « *service postal, ou le service de l'électricité* », ce qui correspond à la transposition des directives Service universel. Or, il explique également qu'« *il n'est pas inconcevable d'inférer l'existence de deux principes distincts, tous deux issus d'une même souche : le principe de mutabilité, opposable par l'autorité en charge du service public à l'usager, et le principe qualifié par la loi d'adaptabilité, opposable par le second à la première.*⁸²⁹ » Cette redéfinition paraît particulièrement intéressante puisque ces exemples sont tirés du service universel. Dans une restructuration de la définition, il est possible d'imaginer, à l'instar de Jean-Paul Markus, « *un principe de mutabilité opposable à l'administré* » et un principe d'adaptabilité dont le cœur pourrait être le service universel, et « *qui présenterait l'intérêt de mettre en avant une obligation positive d'adaptation en faveur cette fois de l'usager, donnant une portée concrète au débouché de ce*

⁸²⁶ J. CAILLOSSE, La révision générale des politiques publiques et la question de l' « usager », RFDA 2013, p.499.

⁸²⁷ Sophie Nicinski explique ainsi que « l'intérêt économique de l'exploitant et l'absence de rentabilité de certaines lignes déficitaires sont la cause principale des suppressions de lignes de chemin de fer [...] La faible fréquentation d'une ligne, en dehors de toute considération sur son caractère essentiel pour les usagers qui continuent à l'utiliser, est donc un motif valable pour sa suppression. » S. NICINSKI, L'usager du service public industriel et commercial, *op. cit.* p.326

⁸²⁸ Encyclopédie des collectivités locales, la suppression des services publics locaux, §273

⁸²⁹ J.P. MARKUS, Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers, RFDA 2001, p.598.

*principe par le législateur.*⁸³⁰ » Dans cette optique, le service universel serait tout simplement à dissocier du principe de l'adaptabilité tel que connu aujourd'hui pour en faire un principe protecteur de l'utilisateur.

Cette optique de protection de l'utilisateur reste importante étant donné que ce dernier se retrouve relativement démuné devant le principe d'adaptabilité.

B. L'utilisateur démuné devant le principe d'adaptabilité

1. Liberté des gouvernants et absence de droit acquis au maintien des services publics

Le corollaire classique du principe d'adaptabilité pour l'utilisateur est l'absence de droit acquis au maintien du service public. L'utilisateur se retrouve lié par les décisions de l'Administration et ne peut exiger le maintien d'un service public, alors même qu'il se retrouverait encore plus isolé du fait de sa disparition. Gaston Jèze expliquait déjà en 1943 qu'« *en ce qui concerne la création, la suppression, l'organisation, la modification d'un service public, l'appréciation par les gouvernants, de l'opportunité est purement discrétionnaire. Aucun individu [...] n'a le pouvoir d'exiger juridiquement la création, la suppression, le maintien d'un service public, ou la modification ou la non-modification de l'organisation d'un service public.*⁸³¹ » Comme classiquement en droit public, l'Administration va donc disposer de prérogatives et l'utilisateur se contente de subir les décisions prises.

La décision de principe, *Vannier*, l'explique très clairement en affirmant que « *les usagers d'un service public administratif n'ont aucun droit au maintien de ce service ; qu'il appartient à l'administration de prendre la décision de mettre fin au fonctionnement d'un tel service lorsqu'elle l'estime nécessaire, même si un acte réglementaire antérieur a prévu que ce fonctionnement serait assuré, pendant une durée déterminée.*⁸³² » Toujours dans un sens défavorable à l'utilisateur, il est également important de noter la décision *Chambres de commerce et d'industrie de La Rochelle* qui note « *que les usagers d'un service public qui n'est pas obligatoire n'ont aucun droit au maintien de ce service au fonctionnement duquel*

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ G. JEZE, Appréciation de l'opportunité d'agir, *op. cit.*, p.1.

⁸³² CE, sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, : Rec. CE 1961, p.60, concl. Kahn ; AJDA 1961, 75, chron. Galabert et Gentot ; GDJDA, 180.

*l'Administration peut mettre fin lorsqu'elle l'estime nécessaire.*⁸³³ » Finalement, devant ces décisions, l'usager le plus vulnérable géographiquement ou financièrement n'est que guère protégé devant les aléas des décisions des gouvernants et de leurs agents⁸³⁴, ce qui pose un véritable problème. Le Professeur Guglielmi estime que « *dans une économie de marché, la considération portée aux usagers s'affaiblit et la liaison entre continuité et adaptabilité se décompose. L'application du principe de libre concurrence est souvent présentée comme primordiale, au détriment de la conception collective et sociale du service public*⁸³⁵. »

2. Des recours insuffisants pour l'usager

L'absence de droit acquis au maintien du service public pour l'usager engendre non seulement des difficultés d'accès au service pour les personnes isolées mais aussi et naturellement, la faiblesse des recours possibles à l'encontre de ces décisions. Concrètement, en cas de fermeture d'un service public, le terrain juridique semble très compliqué pour le requérant, puisque le juge administratif ne se contentera que d'un contrôle minimum⁸³⁶. Le Professeur Lachaume note à ce titre que « *s'agissant de la légalité au fond de la décision portant suppression ou concourant à la suppression d'une localisation d'un service public national, le juge n'exerce qu'un contrôle limité à la seule recherche de l'erreur manifeste d'appréciation quant à la qualification des motifs fondant la suppression ou en tirant les conséquences.*⁸³⁷ »

Il est possible de trouver dans l'arrêt *Vincent*⁸³⁸ l'éventualité pour l'usager de gagner un recours en lui reconnaissant un droit au fonctionnement normal du service. Néanmoins, la limite qui a été précédemment évoquée est toujours en vigueur, le juge administratif n'exerce ici qu'un

⁸³³ CE, 18 mars 1977, *Chambres de commerce et d'industrie de la Rochelle, Belfort, Lille* : Rec. CE 1977, p.153, concl. Massot.

⁸³⁴ Sophie Nicinski résume clairement la situation en affirmant que « *Le principe de mutabilité ne fait apparaître que bien peu de droits en faveur de l'usager.* » S. NICINSKI, *L'usager du service public industriel et commercial*, op. cit., p.310

⁸³⁵ G.J. GUGLIELMI, *Droit du service public*, op. cit., p630 et s.

⁸³⁶ Voir en ce sens CE, 16 janvier 1991, *FNAUT, Lebon* p.14 ; CJEG 1991, p.279

⁸³⁷ J.F. LACHAUME, *Le contentieux de la suppression des services publics*, RFDA 2005, p.364. En ce sens également : « *La solution retenue est celle du contrôle minimum. Le juge estime qu'en matière d'adaptation des services publics, afin d'en assurer un fonctionnement normal, il convient de considérer que l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui s'explique par la diversité des éléments en présence et par la liberté que l'on doit lui laisser si on ne veut pas la paralyser. Il ne traque donc que l'erreur manifeste d'appréciation.* » J.F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, op. cit., p.533 et s.

⁸³⁸ CE, 25 juin 1969, *Vincent*, Rec. 1969, p.334.

contrôle minimal. Il faut de plus ajouter que l'appréciation est *in abstracto* ce qui ne semble pas non plus être en faveur de l'utilisateur⁸³⁹.

Il en résulte une situation de sujétion quasi-absolue de l'utilisateur à l'Administration face au maintien – ou en l'occurrence à la suppression – du service public, qui trouve néanmoins sa justification dans la nécessité de ne pas annihiler les besoins de l'action publique, mais qui laisse peu de garanties aux usagers ayant besoin de la proximité du service public⁸⁴⁰. Les seules véritables options en termes de recours pour l'utilisateur sont extra-juridiques.

La doctrine, si elle rappelle souvent l'inefficacité des recours contentieux, n'oublie pas de mentionner l'utilisation de moyens de pression politiques. Pour certains, il s'agit même du recours qui pourrait être le plus efficace. Sophie Nicinski note que « *les sanctions politiques ou sociales doivent être distinguées des sanctions juridiques. En effet, si les secondes paraissent inefficaces, les premières constitueraient peut-être la solution adéquate au problème*⁸⁴¹ » même s'il faut noter que « *le succès de la démarche n'est pas toujours assuré.*⁸⁴² » La manière la plus politique de s'exprimer pour l'utilisateur reste le vote pour obtenir une sanction d'une décision de suppression majoritairement mal reçue par la population⁸⁴³, ce qui du reste est logique puisque le principe d'adaptabilité et « *la garantie d'adaptation [...] demeure pour l'utilisateur un droit d'essence politique, qu'il exprime à travers son vote*⁸⁴⁴ ». Néanmoins, malgré cette possibilité, il reste discutable juridiquement que l'utilisateur ne puisse disposer que d'un suffrage politique ultérieur pour remettre en cause des disparitions de services publics.

⁸³⁹ Les travaux de David Charbonnel insistent sur les conséquences finalement peu protectrices de l'utilisateur concernant la décision Vincent « *enserré dans des limites étroites [...] Une première limite tient à l'appréciation de son contenu, qui s'opère in abstracto, par référence à un standard de qualité moyenne. Ce standard ne prend sens qu'au regard d'une réglementation prédéfinie [...] en sorte qu'il peut, tout en suivant au plus près qu'il se peut l'évolution des mœurs, s'appliquer à l'extrême hétérogénéité des situations particulières dans lesquelles se trouvent les usagers. [...] Une seconde limite, qui s'ajoute à la précédente, tient à l'étendue restreinte du contrôle juridictionnel de l'appréciation ainsi portée. En règle très générale, la mission du juge administratif se réduit à chercher les erreurs manifestes que l'autorité administrative commet en décidant ou en refusant d'adapter le service public.* » D. CHARBONNEL, La relecture des lois du service public, *op. cit.*, p.329.

⁸⁴⁰ En ce sens, Jean-Paul Markus énonce que « *Sévères pour l'administré, ces solutions se justifient évidemment par l'intérêt général qu'il y a à ne pas paralyser l'action administrative par la prolifération de droits acquis de nature à rendre juridiquement impossible ou financièrement insurmontable toute volonté d'évolution. Il n'en résulte pas moins un déséquilibre dans les relations entre l'Administration et l'utilisateur, que l'intérêt général, défini unilatéralement par la première, justifie toujours moins aux yeux du second.* » J-P. MARKUS, Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers, *op. cit.*

⁸⁴¹ S. NICINSKI, L'utilisateur du service public industriel et commercial, *op. cit.*, p.310.

⁸⁴² J.F LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, p.533

⁸⁴³ En ce sens, Sophie Nicinski explique que « *En matière de services publics locaux, la sanction de l'inaction des personnes publiques n'est pas tant dans la perte de leur légitimité en tant que décideurs publics, mais s'exprime plutôt dans le vote.* » S. NICINSKI, L'utilisateur du service public industriel et commercial, *op. cit.*, p.310.

⁸⁴⁴ J-P. MARKUS, Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers, *op. cit.*

Aujourd'hui, davantage de protections juridiques pourraient être apportées par le service universel puisqu'il s'agit d'une véritable garantie. Le droit interne lui-même tente d'intégrer un modèle d'adaptabilité plus favorable à l'utilisateur.

2§ Une protection plus nationale de l'utilisateur

La vocation d'accessibilité du service universel semblait combler tous les manques du principe d'adaptabilité, notamment l'éloignement du service public. Or, un constat d'échec à résoudre ce problème est à tirer (A), alors que le droit interne semble se démentir pour résoudre la problématique (B).

A. L'inefficacité du service universel dans la protection de l'adaptabilité

1. Le potentiel du service universel pour améliorer l'adaptabilité

Il semblait pourtant évident que le service universel serait un remède à un principe de mutabilité frappant l'utilisateur en termes d'accessibilité. Par ses garanties d'accessibilité géographique et sociale, un service universel complet conférerait la satisfaction nécessaire aux usagers. Imposé par une directive européenne, son caractère supra-législatif permettant la création de services publics obligatoires aurait, qui plus est, apporté une garantie juridique supplémentaire à chaque citoyen.

Certains auteurs ont vu d'un œil bienveillant la conciliation de l'adaptabilité et du service universel. Pour Virginie Donier, il s'agit même d'une « *nouvelle figure de l'utilisateur* » qui ne serait plus administré, mais qui aurait de véritables droits à l'accessibilité, et dans les domaines couverts par le service universel. Elle explique notamment que « *ce concept a ainsi contribué à créer de nouvelles obligations à l'adresse des personnes gestionnaires des services publics. Dans les secteurs concernés par le service universel, la solidarité sociale semble avoir progressé car l'accent est mis sur l'accessibilité géographique et tarifaire du service*⁸⁴⁵. » L'adaptabilité du service public à l'utilisateur serait donc vue sous une facette plus positive, et plus efficace, à l'aide du service universel. De la même façon, le service universel aurait pu être la

⁸⁴⁵ V. DONIER, Les droits de l'utilisateur et ceux du citoyen, RFDA 2008, p.13.

contrepartie également pour les gouvernants de l'idée de rationalisation de la dépense publique et de l'ouverture au marché en assurant l' « adaptabilité positive » à l'utilisateur⁸⁴⁶.

L'autre idée du service universel protecteur est celle de la lisibilité de l'action publique. En conférant ce caractère supra législatif et en garantissant l'accessibilité, l'aléa de la décision des pouvoirs publics est freiné, entraînant ainsi une meilleure sécurité juridique à l'égard des services publics pour les usagers. Lucie Cluzel-Métayer lie l'accessibilité à la qualité, composante du service universel. Ainsi elle note que « *Les efforts de rapprochement ont pris plusieurs formes : les services publics doivent être, non seulement physiquement et matériellement accessibles à tous, mais encore compréhensibles à tous. La lisibilité de l'action administrative est, au même titre que l'aménagement de l'accès au service, une condition de l'effectivité de cet accès : la simplicité et la transparence sont ainsi des aspects de l'accessibilité au service.*⁸⁴⁷ » Le service universel pourrait apporter une sorte de simplicité de la garantie de service public, et par la même freiner un principe d'adaptabilité trop univoque à la défaveur de l'utilisateur.

Or, et le constat doit être tiré, le service universel n'est pas en mesure aujourd'hui d'offrir des garanties suffisantes à l'accessibilité.

2. L'échec du service universel à promouvoir l'adaptabilité

Pour que le service universel soit véritablement un moyen de protection face aux évolutions engendrées du principe d'adaptabilité, il est encore nécessaire que l'une de ses composantes soit véritablement effective, celle de son caractère évolutif. Or, de véritables faiblesses sont à noter sur ce point. La Professeure Martine Lombard critique notamment les différences entre les communications de la Commission européenne du 11 septembre 1996⁸⁴⁸ et celle du 20 septembre 2000⁸⁴⁹ : « *plus aucune mention n'est faite du caractère « évolutif » du service universel. En outre, celui-ci n'est évoqué que pour le seul secteur des télécommunications. Si*

⁸⁴⁶ En ce sens, les propos de David Charbonnel qui explique que « *les gouvernants cherchent à contrer les critiques qui leur reprochent de sacrifier le service public, et sa finalité sociale, sur l'autel du libéralisme économique et de la logique du marché. Par le biais du service universel, qui a été introduit de façon obligatoire dans les trois secteurs précités à l'effet d'accompagner leur libéralisation, la loi de changement peut ainsi se concevoir comme une exigence, certes minimale, de recherche permanente de la meilleure satisfaction des usagers, envisagés en tant que consommateurs-citoyens.* » D. CHARBONNEL, La relecture des lois du service public, *op. cit.*, p.333.

⁸⁴⁷ L. CLUZEL-METAYER, Le service public et l'exigence de qualité, Dalloz, p.205.

⁸⁴⁸ JOCE, COM 26 septembre 1996, p.3 et s.

⁸⁴⁹ COM(2000) 580 final, 20 septembre 2000, Les services d'intérêt général en Europe

*cette orientation devait se confirmer, il s'agirait d'un remarquable retour au point de départ, c'est-à-dire à l'emprunt du concept de service universel au droit américain des télécommunications, où il est d'abord apparu. S'il se confirme que telle est bien la nouvelle orientation du discours communautaire sur le service universel, il faudrait alors rendre hommage à tous ceux, nombreux, qui, prenant acte de l'origine de ce concept, emprunté à l'expérience américaine en matière d'organisation des télécommunications, doutaient qu'il puisse se révéler réellement plus fécond que notre concept classique de service public.*⁸⁵⁰ » La conclusion qui peut en être tiré, et les exemples peuvent être nombreux, est celui d'un caractère évolutif très peu usité encore à l'heure actuelle, même si quelques changements peuvent être notés depuis ces propos.

Le changement le plus important mais bien tardif est celui de l'intégration du haut débit dans les exigences du service universel, ce qui relève effectivement d'une démarche d'adaptabilité envers l'utilisateur. Ainsi, depuis 2018, l'Europe insiste sur la promotion de « *la connectivité et l'accès, pour l'ensemble des citoyens et des entreprises de l'Union, à des réseaux à très haute capacité, y compris des réseaux fixes, mobiles, et sans fil et la pénétration de tels réseaux*⁸⁵¹. » Il y a ici des raisons de croire en une adaptabilité, à nuancer tout de même au vu de la tardiveté de cette entrée, au gré des mutations technologiques et d'une directive qui n'insiste que sur le simple fait de « *promouvoir* ».

Toujours dans le domaine des télécommunications, l'entité en charge du service universel en France – Orange – a été critiquée pour sa gestion de ses missions de service universel. L'ARCEP a ainsi noté qu' « *en 2018, de nombreux utilisateurs et collectivités territoriales ont fait part à l'Autorité [...] d'une dégradation significative de la qualité de service en matière de téléphonie fixe. L'ARCEP a également été alertée par plusieurs préfets, parlementaires ainsi que par le Défenseur des Droits. L'instruction ouverte en juin 2018 par la formation en charge de l'instruction et de la poursuite (RDPI) de l'ARCEP a permis de confirmer une dégradation particulièrement significative de la qualité du service universel. [...] A la suite de la mise en demeure, l'ARCEP a observé en 2019 une amélioration significative de la qualité de service du service universel ; néanmoins, la situation est moins satisfaisante au premier semestre 2020, notamment marqué par la crise sanitaire.*⁸⁵² » Si, comme abordé par la Professeure Cluzel-

⁸⁵⁰ M. LOMBARD, « Service public et service universel ou la double inconstance », Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public 2002, *op. cit.*, p520

⁸⁵¹ Directive UE 2018/1972 du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2018, article 3

⁸⁵² <https://www.arcep.fr/actualites/les-communiqués-de-presse/detail/n/service-universel-3.html>, consulté le 10 juillet 2021

Métayer, qualité et accessibilité rejoignent le principe d'adaptabilité, ces dégradations tendent à démontrer l'efficacité relative du service universel pour les défauts de la mutabilité.

Il faut également réfléchir à l'adéquation des besoins entre le service universel et les usagers pour évaluer le rapport entre le principe d'adaptabilité et sa complémentarité avec le service universel. Or, ici aussi, cette adéquation semble faible. Un exemple peut être cité. Dans le domaine de l'énergie, où le chèque énergie matérialise le service universel de l'électricité⁸⁵³, il est intéressant de noter que le rapport entre la dotation et le besoin est relativement faible. Il faut noter que « *le montant du chèque est d'au minimum 48€ et d'au maximum 277€ TTC*⁸⁵⁴. » Un calcul assez simple permet de se rendre compte de la modestie de la valeur du chèque au montant maximal, c'est-à-dire pour les usagers-consommateurs les plus vulnérables. Le prix du kilowattheure, selon l'option de base du tarif bleu EDF, est de 0,1546€⁸⁵⁵. Autrement dit, pour le chèque de la valeur faciale maximale, la consommation permise est de 1791,72 kilowattheures. Ce chiffre est à mettre en perspective avec « *la consommation moyenne en électricité par mois d'un foyer en France [qui] est de 390kWh, soit 4679 kWh par an*⁸⁵⁶. » Pour résumer, l'offre du service universel ne couvre qu'environ un tiers de la consommation d'un Français en termes d'électricité, ce qui peut sembler assez peu eu égard aux objectifs d'assurer une prestation d'une qualité donnée et au principe d'adaptabilité.

Finalement, s'il était possible de penser que le principe d'adaptabilité, au départ peu favorable à l'utilisateur, pouvait être revigoré par le service universel, il faut largement nuancer le propos. L'adéquation aux besoins semble faible, tant que le caractère évolutif est lui-même mis à mal, autant par sa tardiveté dans le domaine des télécommunications, que par son calibrage concernant le domaine de l'énergie.

Devant l'inefficacité du service universel, et surtout étant donné son absence à l'égard des services publics administratifs, c'est finalement le législateur français qui tente d'accorder le principe d'adaptabilité à l'utilisateur ces dernières décennies.

⁸⁵³ V. supra

⁸⁵⁴ <https://www.ecologie.gouv.fr/cheque-energie-gaz-chaleur-electricite>, consulté le 10 juillet 2021

⁸⁵⁵ Données <https://www.jechange.fr/energie/electricite/guides/prix-electricite-kwh-2435>, consulté le 10 juillet 2021

⁸⁵⁶ Données <https://www.totalenergies.fr/particuliers/parlons-energie/dossiers-energie/comprendre-le-marche-de-l-energie/la-consommation-moyenne-en-electricite-d-une-maison>, consulté le 10 juillet 2021

B. La consolidation en droit interne de la protection de l'utilisateur

1. Les mesures nationales prises pour le maintien des services publics

Si le service universel ne montre pas des qualités optimales pour l'adaptabilité des services publics notamment en milieu rural, il faut noter l'effort du législateur français de ces dernières décennies pour y parvenir. Jean-Paul Markus notait déjà en 2001 que « *contrairement aux deux autres principes dégagés par Rolland, le principe d'adaptabilité n'est apparu expressément dans la loi que depuis une dizaine d'années. Mais la fréquence des mentions de ce principe tend à augmenter. Parfois directes, ces mentions peuvent être indirectes quoique sans ambiguïté.*⁸⁵⁷ » Il est ainsi possible de mentionner la loi du 4 février 1995 qui dispose en son article 1^{er} que « *La politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire [...] assure l'égalité des chances entre les citoyens en garantissant en particulier à chacun d'entre eux un égal accès au savoir et aux services publics sur l'ensemble du territoire*⁸⁵⁸ » ainsi que celle du 25 juin 1999 qui modifie cette dernière, et favorise le développement des maisons de services au public⁸⁵⁹. Pour aller plus loin, la loi du 23 février 2005 est dite, quant à elle, relative au développement des territoires ruraux et explique dans son article 1^{er} que « *L'État est garant de la solidarité nationale en faveur des territoires ruraux et de montagne et reconnaît leur spécificité. Il est institué une conférence de la ruralité qui est réunie chaque année par le ministre en charge des affaires rurales*⁸⁶⁰ » ou encore l'article 100 de la loi NOTRe qui dispose que « *Les maisons de services au public ont pour objet d'améliorer l'accessibilité et la qualité des services, en milieu rural et urbain, pour tous les publics*⁸⁶¹. »

L'idée de la maison de services au public a souvent été pensée comme la solution permettant de maintenir la proximité nécessaire – et donc l'adaptabilité – pour les citoyens éloignés géographiquement des villes. Elle cède aujourd'hui sa place à un nouveau nom, sans pour autant drastiquement en changer le contenu, en maison France services. Le Président Macron annonçait pour 2022 une maison France services par canton⁸⁶². Concrètement, ces maisons semblent reprendre bon nombre d'objectifs qui pourraient être assignés au service universel en

⁸⁵⁷ J-P. MARKUS, Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers, *op.cit.*, p.589.

⁸⁵⁸ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Art. 1^{er}

⁸⁵⁹ Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, Art. 30

⁸⁶⁰ Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux, Art. 1^{er}

⁸⁶¹ LOI n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, Art. 100

⁸⁶² DOSSIER DE PRESSE - 15 AVRIL 2021 France services, PROCHE DE VOUS, PROCHE DE CHEZ VOUS

termes d'adaptabilité si celui-ci s'étendait aux SPA. Sont recensés des objectifs notamment d'accessibilité (avec la promesse suivante : « *c'est le retour du service public au cœur des territoires. Que vous ayez besoin de conseils pour vos démarches administratives ou besoin d'aide pour l'utilisation d'un service numérique, vous pouvez vous rendre dans une maison France services. Où que vous vous trouviez, vous pouvez accéder en moins de 30 minutes à un service public de qualité, offert par des agents formés et disponibles, quelle que soit la maison France services qui vous accueille*⁸⁶³. » France services promet également un accompagnement « *à visage humain* » avec « *au moins deux agents formés* ». Enfin, ces mêmes agents accompagnent au numérique « *dans l'utilisation d'outils informatiques et dans [les] besoins numériques du quotidien.*⁸⁶⁴ »

Le législateur français s'appuie donc majoritairement sur cette méthode autrefois appelée maison de services au public et qui regroupent différents services publics⁸⁶⁵ et qui permet d'éviter par la mutualisation la disparition des services publics trop onéreux. Néanmoins, cette avancée n'est pas non plus une panacée : financièrement, un certain nombre de problèmes sont soulevés. L'AMF pointe des « *bémols mais de taille : un reste à charge financier important pour les collectivités dans leur fonctionnement, une inquiétude sur la pérennité des financements pour les nouveaux projets*⁸⁶⁶ ». Les sénateurs ont d'ailleurs mis en exergue des investissements à perte, lorsque ces mêmes dépenses ont fini par une fermeture⁸⁶⁷. Il peut également être mentionné les schémas départementaux d'amélioration de l'accessibilité des services au public (SDAASaP) qui offrent « *un diagnostic du territoire (recensement de l'offre existante, avec sa localisation et son accessibilité, et analyse des besoins), un programme d'actions avec des objectifs qualitatifs et quantitatifs et un plan de développement et de mutualisation des services pour l'ensemble du territoire départemental.* »⁸⁶⁸

⁸⁶³ *Ibid.*

⁸⁶⁴ *Ibid.*

⁸⁶⁵ Selon le gouvernement « *France Service sera le nom du label qu'obtiendront ces maisons. Pour l'obtenir, elles devront proposer a minima les démarches relevant de ces organismes :*

Caisse d'allocations familiales, ministères de l'Intérieur, de la Justice, des Finances Publiques, Caisse nationale d'Assurance maladie, Caisse nationale d'Assurance vieillesse, Mutualité sociale agricole, Pôle emploi, La Poste. Ce socle de services pourra être enrichi par les collectivités locales et d'autres partenaires, en fonction des besoins locaux exprimés par les citoyens. » <https://www.gouvernement.fr/2-000-maisons-france-service-d-ici-a-2022>, consulté le 11 juillet 2021

⁸⁶⁶ <https://www.amf.asso.fr/documents-france-services-un-bilan-detape-positif-mais-questions-sur-financement/40676>, consulté le 11 juillet 2021

⁸⁶⁷ Question écrite n°11566 de M. J-L. MASSON, publiée dans le JO Sénat du 18 juillet 2019, p.3807.

⁸⁶⁸ <https://www.prefectures-regions.gouv.fr/normandie/Grands-dossiers/Services-au-public/Les-schemas-departementaux-d-amelioration-de-l-accessibilite-des-services-au-public-SDAASaP/> consulté le 11/12/2021

Une autre alternative, qui est celle de la numérisation, a été largement déployée pour parvenir également aux objectifs d'accessibilité mais encore une fois, les résultats sont à nuancer.

2. Une utilisation nécessaire mais aux résultats incomplets du numérique

La dématérialisation des services publics entraîne inévitablement des avantages en termes d'accessibilité : la fin des horaires de guichet et la disponibilité au sein du foyer pour un bon nombre de demandes. De nombreux services offrent ces possibilités. La Cour des comptes rapporte que des « réseaux de services ont déjà basculé vers la dématérialisation des procédures ou ont vocation à le faire, dans les zones rurales comme ailleurs. C'est le cas au sein du réseau préfectoral pour la délivrance des titres réglementaires, qui se fait désormais en lien avec les mairies, qui assurent pour certains titres le recueil des données et la délivrance des titres. L'accueil du public a ainsi disparu du réseau des préfectures et des sous-préfectures. C'est une tendance partagée par Pôle emploi, dont l'offre de services est de plus en plus effectuée en ligne, ce qui lui a permis de simplifier ses procédures et de diminuer la charge de son accueil physique. Cela devrait être aussi le cas de la DGFIP pour l'essentiel des procédures de déclaration et de paiement, dorénavant accessible en ligne, où elles se feront de plus en plus systématiquement.⁸⁶⁹ » La dématérialisation fait donc désormais partie entière de la vie du citoyen dans son accès au service public. Il faut néanmoins, malgré l'évidente aide à l'adaptabilité que cela permet, mettre en exergue au moins deux limites.

La première est tout simplement celle de l'accès au numérique. Le Défenseur des Droits a déjà pointé ce problème en expliquant que « les démarches administratives en ligne nécessitent a minima une connexion internet de qualité et l'accès à des équipements informatiques.⁸⁷⁰ » L'État ne reste pas cependant inactif devant ces difficultés d'accès, et enchaîne un certain nombre de plans pour pallier les problèmes. À titre d'exemple, en janvier 2018 a été mis en place le New Deal mobile qui « vise à améliorer de manière localisée et significative la couverture de zones dans lesquelles un besoin d'aménagement numérique du territoire a été identifié par les collectivités et le gouvernement⁸⁷¹ » ou encore le Plan France très haut débit où

⁸⁶⁹ Rapport de la Cour des comptes, L'accès aux services publics dans les territoires ruraux, mars 2019, p.10.

⁸⁷⁰ Défenseur des Droits, Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics, Dossier de presse, 2019, p.10.

⁸⁷¹ <https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-reseaux-mobiles/la-couverture-mobile-en-metropole/la-couverture-des-zones-peu-denses.html>, consulté le 11 juillet 2021

« *Le Gouvernement a décidé le déploiement du très haut débit sur l'ensemble du territoire français d'ici à 2022.*⁸⁷²»

Néanmoins, ces avancées technologiques soulèvent plusieurs problèmes. Il est d'abord possible de noter que la dématérialisation est aussi une des sources de la disparition physique des services publics⁸⁷³. Enfin, il faut noter les inégalités entre personnes dans l'accès au numérique : « *un nombre conséquent d'utilisateurs témoignent de difficultés à se saisir des outils électroniques. Cette tendance est d'autant plus forte chez les personnes âgées et parmi les catégories les moins favorisées. Ainsi, plus de 60% des individus estimant ne pas être des « internautes » sont âgés de plus de 65 ans tandis que plus de 20% des personnes issues des classes populaires à moyennes n'effectuent aucune démarche en ligne.*⁸⁷⁴ » La dématérialisation des services publics n'est donc pas la solution parfaite pour la sauvegarde de ces derniers, autant sur le plan de leur maintien que de leur utilisation.

Or, le service public ne peut pas entièrement se dématérialiser. La présence physique reste un enjeu important, ce que prévoit normalement le service universel des postes en France avec ses points de contacts rapprochés. Un exemple aléatoire peut être cité : celui de la diminution progressive du nombre de trésoreries en France. De ce fait, l'État a annoncé une relocalisation des services des finances publiques dans les territoires⁸⁷⁵.

⁸⁷²

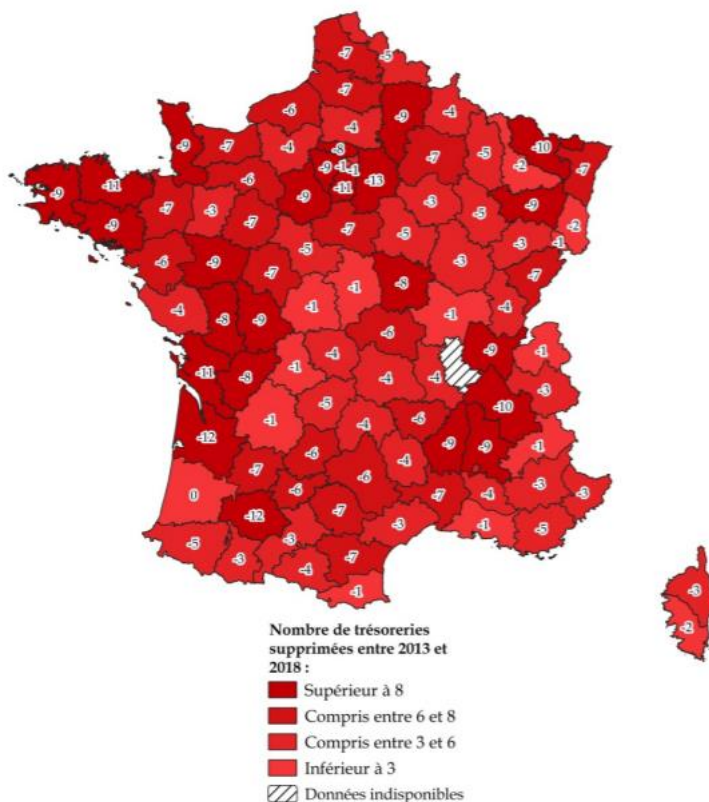
<https://www.gouvernement.fr/action/le-plan-france-tres-haut-debit#:~:text=Le%20Gouvernement%20a%20d%C3%A9cid%C3%A9%20le,avance%20sur%20le%20calendrier%20pr%C3%A9vu.>, consulté le 11 juillet 2021

⁸⁷³ « *La fermeture d'un service de guichet ou la diminution des effectifs qui lui sont affectés a souvent pour justification le développement d'une gestion dématérialisée des demandes des usagers.* » Rapport d'information de M. Jacques GENEST, fait au nom de la commission des finances n° 334 (2019-2020) - 19 février 2020 - Agir pour nos concitoyens : redonner de la proximité et de l'efficacité à l'action publique dans les territoires

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ Relocalisation des services des finances publiques dans les territoires, Ministère de l'économie des finances et de la relance, Dossier de presse du 30 septembre 2020.

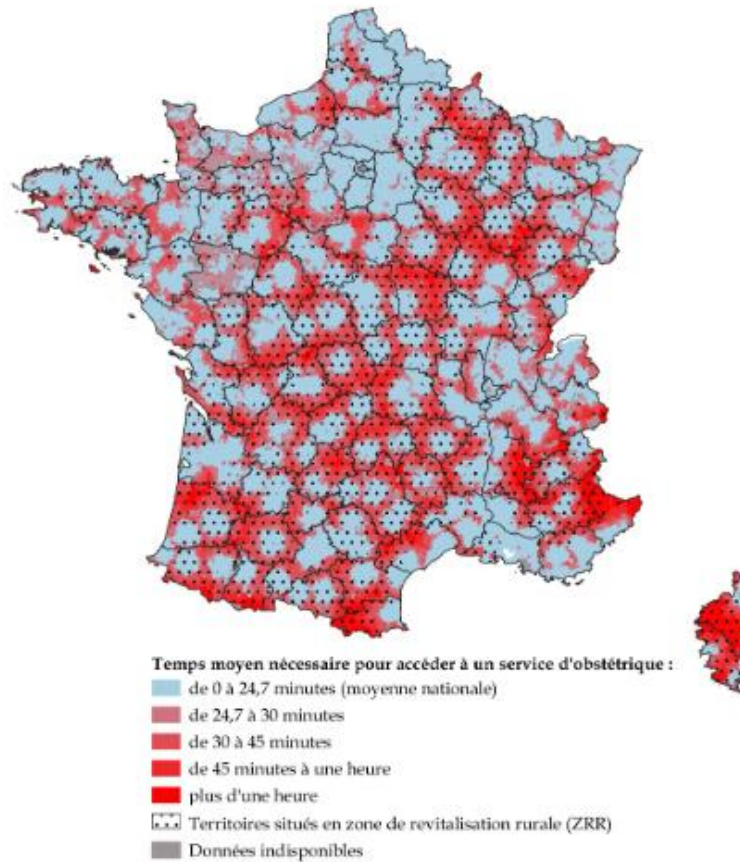
Évolution du nombre de trésoreries au niveau départemental
entre 2013 et 2018



Source : commission des finances du Sénat d'après les réponses au questionnaire budgétaire

De même, certains services publics ne sont tout simplement pas dématérialisables, comme l'accès à un service obstétrique, dont l'éloignement est naturellement préjudiciable.

**Temps d'accès à un service obstétrique
par communes en 2018**



Source : commission des finances du Sénat

Il y a donc un enjeu important en termes d'adaptabilité au maintien des services publics pour les usagers. Le service universel serait un moyen intéressant d'y répondre s'il était étendu, mais pour l'instant reste inefficace. Le législateur français apporte un certain nombre de garanties – qui parfois relèvent de l'incantation – car les résultats ne sont pas optimaux tant sur l'étendue matérielle que sur l'étendue de la population protégée.

CONCLUSION CHAPITRE I

La critique a longtemps été menée par la doctrine : le service universel serait un service public « au rabais ». Aujourd'hui, avec un meilleur recul, ces querelles doivent être tempérées. Le service public apporte un certain nombre de garanties à l'utilisateur qui sont constituées par les lois de Rolland. Si le service universel était véritablement ce service « au rabais », il atténuerait ces garanties. Or, plusieurs éléments contredisent cette hypothèse.

En ce qui concerne le principe d'égalité, loin de l'atténuer, il pourrait l'enrichir. Il semble moderniser le propos de l'égalité formelle pour l'adapter à un nouveau contexte concurrentiel et marchand et s'attacher à l'accessibilité pour l'utilisateur. Le principe d'égalité était marqué par une position devenue peu claire de la jurisprudence administrative et le service universel corrige cela en portant l'intérêt sur l'utilisateur.

Encore une fois, tout est question d'ambition pour le service universel. Il est nécessaire de garantir un socle fort pour en faire un outil important. Le cas est avéré pour l'égalité mais l'est encore plus pour l'adaptabilité où le seul moyen de protéger l'utilisateur des fermetures de service public est la garantie d'un service qui est à la fois de proximité et de qualité.

Chapitre II : Le renforcement des garanties de l'utilisateur par le service universel

Le service universel, si peu utilisé, porte peut-être en germe à lui seul une nouvelle vision des services publics tels qu'ils sont aujourd'hui connus. Il peut tout à la fois renforcer les droits de l'utilisateur français, en brisant en quelque sorte le principe d'adaptabilité qui le maltraite tant grâce à son niveau supra-législatif qu'à l'ensemble exponentiel de droits qu'il pourrait protéger, à l'instar de ce que le juge a pu faire avec le principe de dignité (Section 1). Il peut enfin être un élément de renforcement de l'utilisateur européen lui-même. Il convient de se rendre compte que, malgré le protocole n°26 annexé au Traité de Lisbonne et « *le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales* », il est possible d'étendre pour une meilleure protection des droits fondamentaux le service universel, ce qui permettrait de déboucher sur une cohésion sociale européenne et un statut de citoyen revisité par une accessibilité à ces services (Section 2).

Section 1 : Le renforcement des droits de l'utilisateur français

Pour pouvoir véritablement renforcer les droits sociaux de l'utilisateur en France, il faut maximiser le potentiel que le service universel pourrait avoir. Le grand intérêt pour l'utilisateur est le socle qui lui est garanti (1§). Le service universel se situe à un niveau supra-législatif protecteur face au principe d'adaptabilité des services publics qui lui est en général peu favorable. Son point faible reste son étendue, mais sa capacité à s'étendre aux droits-créances peut s'avérer intéressante pour son potentiel. Il est permis de penser que le service universel peut s'étendre à d'autres droits-créances, qui entretiennent des liens avec le principe de dignité dont l'étendue peut être exponentielle, notamment en pensant au domaine de l'eau. Les garanties que peut avoir l'utilisateur pourraient être prospectivement intéressantes (2§).

1§ Un socle irréductible de service public

L'avantage majeur du service universel pour les droits sociaux tient en grande partie au socle irréductible qu'il confère. Par son intermédiaire, des droits fondamentaux sont proclamés et se recourent avec ce qui peut déjà exister dans le droit positif comme les droits-créances (A). Il y a donc un renforcement de ce socle de droits par cette conciliation. D'un autre côté, la force

de ce socle est entretenue par le niveau supra-législatif du service universel qui, tranchant avec la tradition légicentriste, protège au mieux l'utilisateur de ce service (B).

A. La conciliation avec les droits créances

1. La conciliation dans la lutte contre l'exclusion

Il est possible de constater une première identité d'objectif entre le droit-crédance tel que connu dans le bloc de constitutionnalité de 1958 et le service universel : ils se rejoignent dans une lutte contre une certaine forme d'exclusion sociale. Laurence Gay propose une définition des droits-crédances dans la thèse qu'elle y consacre, en énonçant que « *les droits créances sont ceux consacrés par des dispositions constitutionnelles qui mettent à la charge de l'État une obligation d'intervention positive en vue de répondre à un certain nombre de besoins fondamentaux de la vie humaine, besoins matériels (droit à l'emploi, droit à la protection contre les risques ordinaires ou "exceptionnels" de l'existence) et intellectuels (droit à l'éducation, à la culture...)*⁸⁷⁶ ». Cette idée de mise en place de dispositif permettant d'assurer des besoins matériels ressemble au service universel, d'autant plus que la consécration par la Constitution souligne bien qu'ils appartiennent à tous : « *les exclus le sont avant tout de ces droits ; leur réinsertion passe par l'aménagement d'un accès effectif à ces derniers.*⁸⁷⁷ » Le service universel présente également, en proposant une prestation de service d'intérêt général à tous, sous forme de socle, les qualités de ces droits-crédances.

La relation entre service public et droit-crédance est logique et est présentée notamment par Jean Rivero qui explique que « *les droits de créances ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers. Le service public est donc, pour la satisfaction de tels pouvoirs, le procédé le plus normal. Tant que le service public n'est pas créé (...) le droit du créancier ne peut s'exercer.*⁸⁷⁸ »

Il serait possible d'estimer qu'il n'y a qu'une relation entre service public national et droit-crédance constitutionnel mais le service universel semble tout autant créer une créance auprès d'un usager débiteur puisqu'il crée une accessibilité totale et minimale à un service. Service universel et droit-crédance semble donc se concilier, en ce qui concerne cette obligation de mise

⁸⁷⁶ L. GAY, Les « droits-crédances » constitutionnels, Bruylant, 2007, p.13

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p.1

⁸⁷⁸ J. RIVERO, Libertés publiques, t.1, PUF, 1991, p.121.

en place de droits sociaux à la charge des États. René Capitant expliquait que « *dès lors que les citoyens sont tenus par des obligations sociales au profit de certains d'entre eux, les bénéficiaires de ces prestations obligatoires en sont créanciers. Ils ont droit à celles-ci.*⁸⁷⁹ » Cette forme de droit à l'accès à une prestation de nature sociale coïncide, qu'il s'agisse d'un droit-créance constitutionnel ou du service universel.

Concrètement, ces droits-créances sont larges mais confient la tâche au législateur d'assurer un cadre juridique protecteur de droits sociaux. Ils sont principalement énoncés aux alinéas 5⁸⁸⁰, 10⁸⁸¹, 11⁸⁸², 12⁸⁸³ et 13⁸⁸⁴ du Préambule de la Constitution de 1946. Caroline Boyer-Capelle note qu'il s'agit « *d'une exigence de sécurité attachée à la garantie des conditions et des moyens d'existence.*⁸⁸⁵ » Le lien ressort particulièrement de l'alinéa 11 disposant que « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.* »

La conciliation des deux notions de droits-créances et de service universel peut donner des éléments intéressants en termes de garanties pour l'usager. Notamment, les champs couverts par chacune des notions ne sont pas les mêmes et la contrainte normative de deux instruments diffère aussi. Ainsi en est-il du domaine de la santé : celui-ci se retrouve exclu d'un quelconque service universel puisqu'il n'est pas un SIEG, mais se retrouve dans le domaine des droits-créances⁸⁸⁶ avec le fait « *qu'en pratique, la garantie de cette exigence se matérialise par l'intervention de multiples services publics à vocation sanitaire. Les établissements publics de santé, centres hospitaliers et hôpitaux locaux, assurent le service public hospitalier*⁸⁸⁷ ». Cela

⁸⁷⁹ R. CAPITANT, La démocratie sociale in *Écrits constitutionnels, 1952-1953*, éditions du CNRS, 1982, p.167.

⁸⁸⁰ « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. »

⁸⁸¹ « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. »

⁸⁸² « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

⁸⁸³ « La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales. »

⁸⁸⁴ « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat. »

⁸⁸⁵ C. BOYER-CAPELLE, Le service public et la garantie des droits et libertés, *op.cit.*, p.85.

⁸⁸⁶ Pour Caroline Boyer-Capelle, « *aucun droit-créance ne conditionne ainsi plus fondamentalement le développement des citoyens que la protection de la santé.* » *Ibid.*

⁸⁸⁷ *Ibid.*

vaut également pour la distribution d'eau qui tend à se rapprocher d'un « *besoin fondamental* » et qui s'approche du droit-créance sans pour être consacré par un service universel⁸⁸⁸.

Il n'y a peut-être pas un besoin nécessaire de faire fusionner droit-créance et service universel, surtout que l'idée de constitution européenne n'est pas (plus) à l'ordre du jour. Néanmoins, une piste est peut-être avancée par Luis Maria Diez-Picazo : « *À ce stade, il est plus urgent de se doter d'une autre composante du constitutionnalisme : la proclamation et la garantie des droits fondamentaux. L'idée de droits fondamentaux évoque les bases de la liberté et de la participation qui lient tous les pouvoirs publics, y compris le législateur démocratique.* » L'idée envisagée pour la proclamation de ces droits fondamentaux ressemble à s'y méprendre au service universel lorsqu'il explique qu' « *en matière de services publics, le pacte constituant ne doit pas être conçu comme un programme complet d'action sociale, mais comme un minimum auquel on ne peut renoncer*⁸⁸⁹. » La contraction des droits créances et du minimum de service public pourrait donc être un pacte constituant européen formant un minimum d'accès à des droits sociaux que pourrait constituer le service universel.

2. *La conciliation des droits créances et de l'objectif évolutif du service universel*

Lorsqu'est évoqué l'aspect évolutif du service universel, le terme laisse penser immédiatement à ses effets *ratione temporis*. Plus qu'une adaptation aux nouvelles technologies, l'aspect évolutif doit laisser penser à la progression d'un socle de service public. Ce volet progressif du service universel tend, une fois de plus, à se retrouver dans la consécration des droits-créances. Ainsi, « *la personne seulement assurée de sa sécurité évolue en effet dans une logique de sauvegarde et non de progression. Or, le Préambule de 1946 prend soin d'accueillir certaines exigences attachées à ce second aspect et introduit la nécessité d'intervention de divers services publics, chargées de favoriser le développement de chacun sur le plan éducatif et culturel.*⁸⁹⁰ » En d'autres termes, un aspect évolutif comparable peut se retrouver entre le service universel et les droits-créances consacrés par le Préambule de 1946, celui de faire progresser un certain nombre de droits sociaux afin d'élever la qualité de vie des usagers. Le service universel doit être évolutif au même titre que les droits créances pour assurer un développement matériel et

⁸⁸⁸ V. infra

⁸⁸⁹ L-M. DIEZ PICAZO, La constitutionnalisation de l'Europe, réflexions sur les droits fondamentaux et les services publics in Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne, dir. A. LYON-CAEN et V. CHAMPEIL-DESPLATS, Dalloz, 2001, p.187.

⁸⁹⁰ C. BOYER-CAPELLE, Le service public et la garantie des droits et libertés, *op.cit.*, p.92.

intellectuel suffisant aux usagers. Cela rappelle l'idée de Léon Duguit qui expliquait « *qu'il n'est plus un paysan du fond de l'Auvergne ou de la Bretagne qui se contente aujourd'hui de la vieille chandelle de résine ou de suif, fabriquée à la maison et qui éclairait ses parents. Le temps n'est pas loin où tous les foyers voudront l'éclairage public. Et comme là, il y a un besoin élémentaire au premier chef, voilà un nouvel objet du service public.*⁸⁹¹ » Que ce soit à travers le service universel ou la proclamation à travers les droits-créances, l'État aura donc à sa charge le devoir de faire progresser les droits sociaux des usagers pour lui assurer son épanouissement.

Des obligations positives à la charge de l'État et du législateur caractérisent ainsi ces nécessités. Le service universel de la Poste maintient une présence minimale postale sur le territoire⁸⁹² qui permet à chacun d'avoir accès à un certain niveau de service public. Il n'en est pas autrement des droits-créances. « [Le législateur] *doit ainsi définir une politique de l'emploi qui concrétisera l'alinéa 5 du Préambule sur le droit d'obtenir un emploi, une politique du logement qui concrétisera l'objectif de valeur constitutionnelle relatif à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, ainsi qu'une politique de la santé publique destinée à mettre en œuvre le principe de protection de la santé prévu par l'alinéa 11 du Préambule de 1946*⁸⁹³. » L'aspect évolutif du service universel peut s'entendre de manière extensive comme la nécessité de faire progresser l'individu et se retrouve dans ce cas-là dans ces ensemble d'obligations positives qui sont à la charge de l'État dans le cadre des droits-créances, puisque lui-même « *est un pouvoir d'exiger quelque chose ; il correspond à une dette étatique de nature positive, à une obligation d'action ou de prestation positive*⁸⁹⁴. » Cette prestation positive créera une évolution bénéfique pour l'utilisateur. Certes, il faut tempérer le parallèle car l'aspect évolutif semble beaucoup plus clair dans le service universel. Faire passer le niveau d'exigence au haut-débit dans le domaine des télécommunications paraît plus clair que l'objectif de valeur constitutionnelle de droit à un logement décent qui n'a évolué que par une accessibilité à l'eau potable relativement récemment⁸⁹⁵. L'ensemble des droits-créances peut donc évoluer, peut-être plus rarement mais tout autant que le service universel pour offrir un service minimal aux usagers⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ L. DUGUIT, Les transformations du droit public, Armand Colin, 1913, p.50.

⁸⁹² V. supra

⁸⁹³ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale, Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°45, p.7.

⁸⁹⁴ L. GAY, Les « droits-créances » constitutionnels, *op. cit.*, p.9

⁸⁹⁵ V. infra.

⁸⁹⁶ Il est possible de comprendre de Frédérique Marbouty dans sa thèse que « *cette vision peut-être bien optimiste au regard de l'imprécision et du caractère abstrait de certaines dispositions du Préambule.* » F. MARBOUTY,

Le juge constitutionnel va notamment de manière prétorienne faire évoluer ces droits-créances, comme ce fut le cas dans sa décision *Loi relative à la diversité de l'habitat* où il considère que « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle*⁸⁹⁷ ». Évolutifs, les droits-créances le sont encore plus lorsque le juge dégage cet objectif du principe à valeur constitutionnelle qu'est la dignité humaine⁸⁹⁸. En proclamant, ce principe, un nombre conséquent de droits pourraient – ou auraient pu – voir le jour et engendrer de nouveaux droits sociaux afin de toujours davantage protéger l'utilisateur-citoyen⁸⁹⁹.

De même, un rapprochement peut être fait entre droits-créances et service universel sur l'obligation par le législateur de respecter la norme placée au-dessus d'elle. Le niveau supra-législatif est une garantie supplémentaire pour l'utilisateur.

B. La protection par le niveau supra législatif du service universel

1. *Le régime légicentriste classique du service public*

Droit-créance comme service universel se retrouvent à un niveau supra législatif qui vient protéger l'utilisateur de l'aléa du législateur. Plus précisément, cela est appelé, pour les droits constitutionnels, la « garantie institutionnelle ». « *L'existence de certaines prestations soumises au régime de services publics pourrait être constitutionnellement assurée au moyen de la technique de la "garantie institutionnelle". Il s'agit d'une idée d'origine allemande selon laquelle le législateur démocratique est tenu de respecter l'existence de certaines institutions garanties par la Constitution. Le législateur jouit d'une certaine marge d'appréciation pour réguler et concrétiser ces institutions, mais en aucun cas il ne peut les supprimer, ni leur attribuer un contenu tel que la communauté ne les reconnaisse plus. Appliquée aux services publics définis au niveau constitutionnel, l'idée de garantie institutionnelle signifie peu ou prou*

Le statut constitutionnel des services publics, thèse présentée à Limoges le 7 décembre 1998, (dir. J-F. LACHAUME).

⁸⁹⁷ CC, Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, cons. 7

⁸⁹⁸ *Idem*, cons. 6. V. infra.

⁸⁹⁹ Pour Caroline Boyer-Capelle « *affirmer la dimension sociale du principe de dignité de la personne humaine ne relève pas de la simple figure de style et se révèle en réalité susceptible d'emporter de multiples implications. Les conséquences de cette reconnaissance peuvent même paraître vertigineuses s'il est considéré que la dignité sociale doit concourir au plein épanouissement de la personne humaine dans tous les aspects de son existence.* » C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, *op.cit.*, p.127.

*l'extension du pacte constituant aux prestations sociales fondamentales.*⁹⁰⁰ » Cette garantie institutionnelle semble exister aussi bien pour le service universel, né d'une directive européenne, que pour les droits-créances constitutionnellement reconnus. Cela fait également penser à la jurisprudence du « cliquet anti-retour » qui « *présentée de façon très sommaire (...) ferait obstacle à des régressions dans le régime législatif d'un droit fondamental.*⁹⁰¹ »

Qu'elle soit constitutionnelle ou européenne, cette forme de service public entraînant une compétence liée de l'Administration n'est pas vraiment conforme à la « tradition » qui veut plutôt que l'État ait un pouvoir discrétionnaire dans la création et la gestion de ses services publics nationaux. Pour Alain-Serge Mescheriakoff, il s'agissait même d'une relation de paternité qu'avait l'État avec ses services publics : « *A l'image du père, cet État fut et reste tout à la fois bienfaiteur et gendarme. Comme dans la mythologie monarchique le roi était le père de ses sujets, la République doit prodiguer « à ses enfants » paix et prospérité.*⁹⁰² »

Le Conseil constitutionnel évoquera le rôle central du législateur dans sa décision *Privatisations* : « *considérant que, si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles à valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire*⁹⁰³ ». La doctrine emboîte le pas à la décision du Conseil constitutionnel pour démontrer le légicentrisme ambiant concernant le service public : « *La réponse ne fait guère de doutes : hormis quelques exceptions, les organes de l'État disposent d'une compétence discrétionnaire en matière de création de services publics. Il leur appartient d'apprécier librement, compte tenu de différents éléments : politiques, sociaux, économiques, etc., s'il s'avère opportun ou non d'ériger en service public national la satisfaction de tel ou tel besoin collectif et les citoyens n'ont pas un droit à la création du service public.*⁹⁰⁴ »

⁹⁰⁰ L-M. DIEZ PICAZO, La constitutionnalisation de l'Europe, réflexions sur les droits fondamentaux et les services publics in *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, dir. A. LYON-CAEN et V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, p.187.

⁹⁰¹ L. GAY, , Les « droits-créances » constitutionnels, *op. cit.*, p.664.

⁹⁰² A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, 2éd, PUF, 1997, p.17.

⁹⁰³ CC, Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social

⁹⁰⁴ J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, *op.cit.*, p.168. En ce sens également « *L'autorité compétente pour créer ou supprimer des services publics est généralement le Parlement ou, à condition de ne pas empiéter sur le domaine législatif, le gouvernement. Dans l'état du droit antérieur à la Vème République, on considérait que la tradition républicaine commandait la compétence exclusive du pouvoir législatif, donc du Parlement pour créer et supprimer des services publics.* » G.J GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, *op. cit.*, p.160.

La justification de ce quasi-monopole de la part du législateur dans la création du service public se trouve sans doute dans le besoin de trouver l'intérêt général, dont il semble logique qu'il soit déterminé par le législateur. Cette relation est notamment mise en lumière par le commissaire du Gouvernement Corneille dans la décision de 1921 *Syndicat des agents généraux des compagnies d'assurance du Territoire de Belfort* : « Créer un service public, c'est assurer la satisfaction d'un intérêt collectif au moyen de règles administratives qui en assurent le bon fonctionnement et la continuité. Comme une telle création emporte avec elle, en même temps que des avantages pour la collectivité en cause, des restrictions à la liberté des individus à la propriété des particuliers, à la liberté du commerce et de l'industrie, la règle qui a dû être admise, c'est que la création de ce service soit, en principe, du Parlement, qui est le représentant des intérêts généraux et qui peut les mettre en contradiction avec les intérêts particuliers.⁹⁰⁵ » Les Professeurs Guglielmi et Koubi justifient également en trois points le légicentrisme du service public : « Le législateur chargé d'exprimer la volonté générale est seul compétent pour définir l'intérêt public ; la création d'un service public modifie l'ordonnement juridique, engendrant soit une extension, soit une limitation des droits et libertés des particuliers ; la création d'un service public, étant évidemment génératrice de dépenses, requiert l'intervention du Parlement en tant que détenteur de la compétence financière⁹⁰⁶. »

Il y a donc bien une compétence du législateur discrétionnaire justifiée en ce qui concerne les services publics nationaux. État et service public sont étroitement liés comme le laissait suggérer Léon Duguit lorsqu'il affirmait que « L'État est une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants⁹⁰⁷. » Mais l'irruption du service universel et de ses directives fait passer un certain socle de services publics au niveau supra-législatif, ce qui permet de contourner d'une certaine manière l'aspect discrétionnaire du service public.

⁹⁰⁵ CE, 21 janvier 1921, *Syndicat des agents généraux des compagnies d'assurance du Territoire de Belfort*, S. 1921, III, p.33.

⁹⁰⁶ G.J GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, op. cit., p.160. En ce sens également, « Parmi [les] besoins secrets par et dans le corps social, il appartient à la puissance publique, et à elle seule, d'ériger en services publics ceux dont elle estime, à un moment donné, compte tenu de circonstances données, que leur satisfaction correspond à l'intérêt général et qu'elle doit être directement prise en charge ou contrôlée étroitement par l'administration. » J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, op.cit., p.161.

⁹⁰⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, De Boccard, 3^{ème} éd., t.2, p.59

2. La reconnaissance supra-législative du service universel

Le service universel se distingue de cet État discrétionnaire en termes de service public puisqu'il naît d'une directive qui va lier l'État membre de l'Union européenne et donc contraindre le législateur national à légiférer sur les points imposés par la directive⁹⁰⁸. L'article 288 du TFUE précise en effet que « *la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* » et ce, même si la loi est postérieure⁹⁰⁹.

Le principe de subsidiarité est ici très prégnant. Le service universel, peu développé et laissant une marge d'appréciation aux États, permet au législateur de conserver sa compétence quasi discrétionnaire sur la création de services publics. Mais si le socle de services était revu à la hausse par l'Europe, cela aurait plus l'effet d'un gros séisme que d'une petite secousse. Cela remettrait en cause le légicentrisme concernant le service public dont il a été constaté à quel niveau il imprégnait la tradition française. Autrement dit, faut-il que l'Union européenne interfère dans la création de services publics, domaine traditionnellement réservé à l'État ? Trois éléments peuvent laisser penser qu'il s'agirait d'une solution intéressante :

- Tout d'abord, revenir au débat classique sur la protection des droits fondamentaux par d'autres moyens que le Parlement, autrement dit revenir sur le débat de la fin du légicentrisme. La loi est « *devenue incertaine, parfois trop changeante et dictée par une réaction aux circonstances du moment, soumises à des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, devenue plurielle et mise en concurrence avec d'autres systèmes de justice par l'émergence d'un droit principiel, incapable de suivre le rythme d'évolution des mœurs et des techniques, elle n'offre plus un repère fixe et stable dont l'interprétation bornerait l'office du juge.*⁹¹⁰ » L'inconstance du législateur⁹¹¹ n'est pas sans rappeler l'absence de droit acquis au maintien du service public pour l'utilisateur et un

⁹⁰⁸ Il faut revenir à la théorie pure du droit de Hans Kelsen qui expliquait qu'« *une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle qui détermine une norme ; cette dernière constitue le fondement immédiat de la validité de la première.* » H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p.299.

⁹⁰⁹ V. supra et CE, Ass, 28 février 1992, S.A. Rothmans International France et S.A. Phillip Morris France, rec. p.80.

⁹¹⁰ P. DELMAS-GUYON, Présentation générale du rapport « Le juge au 21^{ème} siècle », La Gazette du Palais, 11 mars 2014, n°70.

⁹¹¹ Cela rappelle notamment l'intervention du député Fernand de Ramel à la tribune de la Chambre des députés : « *Il faut donc au-dessus du Parlement et de ses inconstances, une constitution qui contienne des règles et des garanties essentielles et inviolables que tous les gouvernements, en France, se sont successivement imposés depuis 1789.* » Débat parlementaire du 29 mars 1901, JORF, Chambre des députés, p.991.

principe d'adaptabilité qui ne lui est pas toujours favorable. En ce sens, la fin du légicentrisme appliqué au service public pourrait être intéressante.

- En intervenant dans le domaine des services publics, il ne faut pas oublier que l'Europe enrichit ce qui pouvait préalablement exister. Paul Cassia note que « *le droit communautaire enrichit la notion française de service public en ajoutant des missions jusqu'alors inconnues du droit administratif français, telle que la qualité du service rendu au public.*⁹¹² » Le service universel a lui-même enrichi le service public en proposant un socle de prestation qui n'existait pas auparavant⁹¹³.
- Enfin, plus que les droits-créances, l'intervention de l'Union européenne par le biais de directives serait une meilleure garantie pour les droits sociaux. L'« effet cliquet » qu'entraînerait les droits-créances n'offre pas une si grande garantie, puisque le législateur dispose tout de même d'une marge de manœuvre importante. Ainsi, Laurence Gay souligne qu'il n'y a « *pas d'intangibilité de l'État social dans le sens où tout acquis deviendrait irréversible.*⁹¹⁴ » Il faut sur ce point mettre en exergue la décision du Conseil constitutionnel qui se tient souvent en retrait sur la politique à mettre en œuvre pour parvenir à la réalisation d'un droit-créance. « *Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif.*⁹¹⁵ » L'utilisation de la directive permettrait à la fois un contrôle plus étroit du juge sur la politique mise en œuvre grâce à la procédure en manquement⁹¹⁶, mais également d'être plus innovante, car la doctrine soulève également que « *les droits économiques et sociaux, et plus précisément les droits-créances, ne sont guère utilisés pour imposer au législateur de mettre en vigueur des mécanismes prestatifs qu'il n'aurait pas songé de lui-même à établir. Ces dispositions consacrent et élèvent au rang d'objectifs d'intérêt général indiscutables des objectifs politiques déjà poursuivis par le législateur.*⁹¹⁷ »

⁹¹² P. CASSIA, Service public et droit communautaire, LPA, 2002, n°133, p.4.

⁹¹³ La doctrine note que « *même dans des domaines qualifiés d'économiques, il est tout d'abord des hypothèses dans lesquelles le droit européen, dans le même temps qu'il modifiait profondément le statut et le régime de gestion des "grands services publics", obligeait à créer de nouveaux services publics, ou de nouveaux segments du service public, dans les mêmes secteurs.* » G.J GUGLIELMI et G. KOUBI, Droit du service public, *op. cit.*, p.171.

⁹¹⁴ L. GAY, Les « droits-créances » constitutionnels, *op. cit.*, p.661

⁹¹⁵ CC, 9 mai 2001, décision 2001-444 DC, cons. 3

⁹¹⁶ V supra

⁹¹⁷ D. CAPITANT, A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France in Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, P.U. Strasbourg, 2001, p.145.

En résumé, le service universel peut donc garantir une meilleure protection des droits sociaux que la loi, en bornant le législateur, en enrichissant le droit positif et en assurant un « effet-cliquet » plus effectif.

Le service universel pourrait donc s'intégrer dans un socle particulièrement protecteur pour l'utilisateur : il se concilie avec les droits-créances et entretient des liens dans la lutte contre l'exclusion des plus vulnérables et dans la progression du niveau de vie, tout en protégeant les usagers par la hiérarchie des normes grâce à sa position supra-législative. L'utilisateur se retrouve avec un socle protecteur, dans lequel pourraient s'intégrer de nouvelles garanties qui naîtraient du principe de dignité.

2§ De nouvelles garanties offertes à l'utilisateur

Aujourd'hui, les droits sociaux qui sont protégés par le service universel sont peu nombreux. Il est possible de penser que ceux-ci sont extensibles et peuvent s'étendre à de nouveaux droits, si ces derniers venaient à se concilier avec le principe de dignité, qui pourtant pourrait de prime abord paraître éloigné (A). L'exemple d'une nouvelle garantie qui pourrait être offerte à l'utilisateur concerne le domaine de l'eau, dont l'accessibilité est désormais protégée par la jurisprudence constitutionnelle mais pas par le service universel (B).

A. Une redécouverte possible de la notion de dignité humaine

1. Un principe de dignité a priori éloigné

Pour pouvoir rapprocher le principe de dignité du service universel, encore faut-il pouvoir partir d'une définition qui n'est pas aisée à donner. La définition de Gérard Cornu est la suivante : « *la valeur éminente [...] qui s'attache à toute personne*⁹¹⁸ ». Il est difficile d'en obtenir une définition plus précise mais d'autres auteurs ont participé à une élaboration de cette dernière. Guillaume Beaussonie estime « *qu'en vérité, il peut être énoncé assez simplement : tout étant, en droit, personne ou chose, sujet propriétaire ou objet de la propriété, la dignité de la première impose de ne jamais la (dé)considérer comme la seconde. Il existe, non seulement, une*

⁹¹⁸ G. CORNU, Dictionnaire juridique, 8 éd., p.309.

*hiérarchie entre les personnes et les choses, mais aussi une imperméabilité entre ces deux catégories.*⁹¹⁹ » Il y aurait donc dans le principe de dignité l'idée même de ne jamais réifier l'humain, « *créancier d'un devoir d'humanité*⁹²⁰ ». La difficulté à définir la notion est de manière plus claire soulignée par Muriel Fabre-Magnan qui considère plus simplement le terme de dignité comme un « *axiome* » : « *l'esprit humain bute en effet nécessairement à un moment donné sur un indémontrable et un inconnaissable, et c'est là ce qui, en Droit, prend le nom de dignité de la personne humaine. [...] Plus précisément, le principe de dignité pose la valeur infinie, c'est-à-dire non calculable, de la personne humaine, ainsi que l'égale valeur de tous les êtres humains.*⁹²¹ » La littérature tente donc de définir le principe mais se heurte à la tâche, il est donc intéressant de voir la manière dont le principe est utilisé pour en extraire le lien avec le service universel.

A priori, à la lecture des textes, le principe de dignité semble assez éloigné du service universel. Il est tout simplement absent des premières grandes déclarations de droit, puis fait son apparition au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. La plupart de la doctrine s'accorde à dire que l'apparition est corrélée à la barbarie nazie et justement à cette négation de la dignité. Face à cela, la proclamation dans les grands textes, comme dans la Loi fondamentale allemande, qui précise l'intangibilité de la dignité de l'être humain, est une réaction pour sa protection⁹²². Il semble donc au premier abord que ce qui est appelé « dignité » juridiquement s'éloigne de l'idée du service universel, en ce qu'il ne recouvrerait pas au moment de sa proclamation la dimension sociale qu'il était possible de lui voir conférer.

D'ailleurs, la proclamation du principe de dignité par le juge constitutionnel en France va également se faire dans un contexte assez éloigné de cette préoccupation sociale. Le mot étant

⁹¹⁹ G. BEAUSSONIE, Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, dir. D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *op. cit.*, p.101.

⁹²⁰ X. BIOY, Rapport introductif sur le concept de dignité *in* La dignité saisie par les juges en Europe, dir. L. BUGORGUE-LARSE, Actes de la Journée d'études du 23 mai 2008 organisée par le Centre de Recherche sur l'Union Européenne de l'Ecole de droit de la Sorbonne, Bruylant, 2010, p.31.

⁹²¹ M. FABRE-MAGNAN, La dignité en droit : un axiome, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007/1, vol. 58, p.1 et s.

⁹²² Pour Guillaume Beaussonie, « *la dignité est un concept juridique récent que l'on ne trouve pas, par exemple, dans les premières grandes déclarations des droits de l'homme de la fin du XVIIIème siècle. [...] C'est dans les temps qui vont suivre, en raison de la négation persistante de cette liberté et de cette égalité, d'abord par la résurgence de l'esclavage au XIXème siècle, puis par la commission de crimes contre l'humanité durant la seconde guerre mondiale, que la dignité va s'imposer comme une norme nécessaire.* » G. BEAUSSONIE, Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, dir. D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *op. cit.*, p.101 ou encore en ce sens Muriel Fabre-Magnan qui explique que pour la dignité « *la conscience et surtout le besoin de l'exprimer n'apparaissent qu'au lendemain des atrocités de la deuxième guerre mondiale. La loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 inscrit ainsi, dès le premier alinéa de son article 1^{er}, que "La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger."* » M. FABRE-MAGNAN, La dignité en droit : un axiome, *op. cit.*, p.1 et s.

absent du bloc de constitutionnalité, la sauvegarde du principe de dignité se fera à l'occasion des lois bioéthiques⁹²³, ce qui semble également tendre vers la protection de la dignité humaine face aux barbaries. En ce sens, Bertrand Mathieu explique que « *la dégradation de la personne humaine invoquée dans le préambule de 1946 renvoie nécessairement et entre autres, aux expériences « médicales » et eugéniques conduites sous l'égide de l'Allemagne nazie. En outre, c'est la dignité de la personne humaine plus que celle de l'homme ou de l'individu qui doit être affirmée.*⁹²⁴ »

Partant, malgré ces définitions, qui semblent éloignées du service universel, le principe de dignité va connaître un volet plus social qui pourra plus intéresser le droit des services publics européens.

2. *La découverte d'une dignité sociale*

Un volet plus social du concept de dignité peut pourtant intéresser le service universel. La dignité porterait en effet en germe un ensemble de besoins vitaux qui pourraient établir un lien avec la notion européenne. Xavier Bioy donne également une définition susceptible d'intéresser les deux notions : « *être exclu du groupe serait la marque de l'indignité, se soustraire volontairement à lui le serait encore et justifierait l'interdiction d'exercer sa liberté en ce sens.* » Alors que le service universel tend à donner un socle minimal de services à tous, l'indignité est ici présentée sous la marque de l'exclusion ce qui pourrait, théoriquement, relier les notions de service universel et de dignité.

Pour marquer encore plus ce lien, le Conseil constitutionnel, dans sa jurisprudence postérieure aux lois bioéthiques, va reprendre le principe de dignité et l'insérer dans un contexte plus social. Dans une décision *Loi relative à la diversité de l'habitat*⁹²⁵, les sages vont de nouveau proclamer que la « *sauvegarde de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » et va considérer « *qu'il résulte de ces principes que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle.* » Cette fois-ci, le principe de dignité sert véritablement à un objectif social.

⁹²³ CC, décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, cons. 2.

⁹²⁴ B. MATHIEU, Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science, A propos de la décision n°94-343-344 DC du 17 juillet 1994, RFDA 1994, p.1019.

⁹²⁵ Conseil constitutionnel, Décision 94-359 D.C., 19 janvier 1995

Comme l'explique Françoise Zitouni, il s'agit à la fois d'une décision « *prudente* » car, contrairement d'ailleurs à ce qu'aurait prescrit un service universel, il s'agit seulement de « *la possibilité de disposer d'un logement* » et non pas de la proclamation constitutionnelle d'un droit au logement, mais le juge constitutionnel s'est également montré audacieux en faisant « *accéder cette exigence au rang constitutionnel en la fondant sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne.*⁹²⁶ » Un lien peut être établi finalement entre la dignité et le service universel selon cette décision « *car c'est en fait de la pauvreté et de l'exclusion que le Conseil constitutionnel se préoccupe dans cette décision, à l'instar d'une société menacée de " fracture sociale " et qui s'interroge sur le devenir d'un système démocratique basé sur le respect des droits de l'homme dans un contexte où l'accès aux droits et aux libertés jugés fondamentaux est interdit de fait à un nombre croissant de personnes privées du minimum vital.*⁹²⁷ »

Cette décision montre donc un virage pris par le juge constitutionnel vers un principe de dignité plus social : « *il est loin le temps où certains reprochaient aux juges suprêmes d'adopter une lecture trop libérale de la Constitution. À l'image des juges de la CEDH ou de la CJCE, le juge constitutionnel français se montre pragmatique et proche des nécessités sociales. Dans une telle approche, un tel objectif peut-il apparaître comme un élément conciliateur de plusieurs droits fondamentaux entre eux, ou ne porte-t-il pas justement en germe les ferments d'une véritable révolution dans la jurisprudence ?[...] il est intéressant de constater sur ce point que la dignité de la personne est envisagée du point de vue moral et non plus du point de vue physique.*⁹²⁸ » Le principe de dignité peut donc faire évoluer le socle social des citoyens tout comme la notion de service universel et en cela les deux principes tendent à se rejoindre.

La Constitution italienne relie d'ailleurs explicitement le principe de dignité au social en consacrant le fait que « *tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales*⁹²⁹ » et relie également cette dignité au minimum vital en affirmant que le travailleur a droit « *à une rémunération proportionnée à la quantité et à la qualité de son travail et en tout cas suffisante pour lui assurer ainsi qu'à sa famille une existence libre et digne*⁹³⁰. »

⁹²⁶ F. ZITOUNI, Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis, LPA 12 janvier 1996, n°PA1996600603, p.14.

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ H. PAULIAT, L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? Recueil Dalloz 1995, p.283.

⁹²⁹ Article 3 de la Constitution italienne

⁹³⁰ Article 36 alinéa 1 de la Constitution italienne

En reliant le service universel à la dignité, il est possible de constater toute l'ampleur des garanties qui pourraient être protégées. Muriel Fabre-Magnan insiste ainsi sur le fait qu' « *on oublie cependant volontiers que le corps, même en bonne santé, entraîne des besoins physiologiques, car ceux-ci semblent ramener l'homme à des choses basement matérielles et le rappeler à sa condition d'être humain. Le Droit doit cependant prendre acte de cette condition humaine, pour l'adoucir et tenter de l'en libérer, et non pas la nier*⁹³¹. » Ces besoins matériels sont reliés pour l'auteur à la dignité, mais s'expriment également très bien dans le service universel. De même que pour Sophie Dion-Loye « *la pauvreté est tenace et profonde. Elle est une réalité profonde. Ses causes ou ses conséquences échappent au pouvoir du droit. Elle est cependant une réalité trop permanente pour être ignorée du droit.*⁹³² »

En reliant la dignité et le service universel, il est possible qu'ils s'enrichissent mutuellement. Ainsi peut-être pris l'exemple de l'accessibilité à l'eau potable, élément qui a été pris en compte par le Conseil constitutionnel à l'aune de la dignité mais qui n'alimente pour l'instant pas le service universel.

B. L'accessibilité aux services liés à la dignité : l'exemple de l'eau

1. Le rapprochement entre eau, dignité et socle social

Le Conseil constitutionnel énonce lui-même que l'eau « *répond à un besoin essentiel de la personne*⁹³³ » et en cela il paraît logique que si un socle de droits sociaux devait exister, l'eau devrait en faire partie. C'est en sens que l'ONU avait adopté une résolution énonçant que « *le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'homme, essentiel à la pleine jouissance de la vie et à l'exercice de tous les droits de l'homme.*⁹³⁴ »

Il est donc étrange de ne pas retrouver l'eau dans ce qui est protégé par le service universel, qui garantit pourtant d'autres éléments d'un socle de première nécessité. Le législateur français, quant à lui, a souhaité protéger cette accessibilité à l'eau en mettant un terme aux coupures

⁹³¹ M. FABRE-MAGNAN, La dignité en droit : un axiome, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2007/1, vol. 58, p.1 et s.

⁹³² S. DION-LOYE, Le droit à l'habitat du pauvre, LPA 22 avril 1996, n°PA199604905, p.11.

⁹³³ CC, Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, Société SAUR SAS, cons.7

⁹³⁴ Résolution n°64/292 du 28 juillet 2010

d'eau en cas d'impayés ou au système de « *lentillage* » c'est-à-dire « *installer des pastilles pour limiter au maximum le débit d'eau.*⁹³⁵ » La loi Brottes, du 15 avril 2013⁹³⁶, continue un travail législatif de longue haleine qui venait au fur à mesure garantir cet accès à l'eau.

Le Conseil constitutionnel parachève le travail en faisant de l'accès à l'eau un corollaire de l'objectif à valeur constitutionnelle de l'accès à un logement décent⁹³⁷. Il s'agit ici d'un vrai droit à l'accès à l'eau puisque selon la loi, l'interruption de fourniture « *s'appliquent aux distributeurs d'eau pour la distribution d'eau tout au long de l'année.*⁹³⁸ » Qui plus est, « *la loi abroge les dispositions qui visaient à faire bénéficier de l'interdiction des coupures ceux bénéficiant ou ayant bénéficié, dans les douze derniers mois, d'une décision favorable d'attribution d'une aide [du Fonds de solidarité logement]. Le public est donc conçu sans aucune restriction à caractère social.*⁹³⁹ » Le Conseil constitutionnel, à l'appui du principe de dignité, consacre donc une accessibilité à l'eau qui n'existait pas dans le service universel et qui vient alimenter un socle de droits sociaux en faveur de l'utilisateur.

Ce droit à l'eau connaît tout de même un certain nombre de limites : « *elle ne joue que pour les personnes occupant une résidence principale* » et « *le distributeur d'eau n'est pas privé des moyens de recouvrer les créances correspondant aux factures impayées ; en clair, l'interdiction des coupures consacre un droit à l'eau mais ne reconnaît pas, et c'est logique, un droit à la consommation gratuite de l'eau.*⁹⁴⁰ » Il faut ajouter de plus qu'il n'y a pas de droit au raccordement à l'eau qui contraindrait « *à satisfaire les pétitionnaires* » et pèseraient sur le budget des collectivités⁹⁴¹.

Néanmoins, il y a une consécration de la protection de l'accessibilité à l'eau potable par le juge constitutionnel. Le service universel, lui, exige pour ses secteurs un prix abordable et une accessibilité. Il est donc possible de voir qu'il y a un panel connexe entre plusieurs institutions qu'il pourrait être bon d'harmoniser pour fournir un véritable socle de services à l'utilisateur.

⁹³⁵ F. LERIQUE, Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau, RDSS, 2015, p.1097

⁹³⁶ LOI n° 2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, JORF n°0089 du 16 avril 2013

⁹³⁷ CC, Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, Société SAUR SAS, cons.7

⁹³⁸ Article L115-3 CASF

⁹³⁹ F. LERIQUE, Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau, *op. cit.*, p.1097

⁹⁴⁰ H. PAULIAT, Coupures d'eau : une interdiction constitutionnelle spécifique ?, La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°25, 22 juin 2015, act. 531

⁹⁴¹ Pour une étude en ce sens, L. PEYEN, Obligations des communes en matière de raccordement au réseau d'eau potable : dire, c'est faire !, AJDA 2021, p.981

Pourtant, l'énergie a bien été exclue d'une protection à l'année au contraire de l'eau dans la jurisprudence de 2015.

2. Des liens connexes avec le service universel de l'énergie

L'un des moyens soulevés par les requérants en 2015 était la rupture d'égalité entre les fournisseurs d'eau et ceux d'énergie. En effet, si la coupure d'énergie est interdite jusqu'au 15 mars, la coupure d'eau est interdite à l'année. Le Conseil constitutionnel répond de manière quelque peu lacunaire « *que les distributeurs d'eau ne sont pas placés dans la même situation que celle des fournisseurs, de gaz ou de chaleur* » et « *que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté.*⁹⁴² »

Cette décision peut être surprenante et a été reçue comme telle par la doctrine, qui rappelle plusieurs éléments : « *la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité n'affirme-t-elle pas, dès son article 1^{er}, que le service public de l'électricité "concourt à la cohésion sociale, en assurant le droit à l'électricité pour tous, à la lutte contre les exclusions (...)"*⁹⁴³ » ou encore « *à bien des égards, l'énergie est tout aussi nécessaire à la vie, notamment dans l'optique de la possibilité d'occuper un logement décent censée, on l'a vu, justifier les dispositions critiquées. Bien davantage, si le Conseil constitutionnel a fait de l'accès à l'eau un "besoin essentiel de la personne" dont on peut se demander s'il s'agit là d'une nouvelle catégorie juridique, on peine à imaginer qu'il entendait ainsi, par un a contrario, ne pas reconnaître ce statut à l'électricité et au gaz.*⁹⁴⁴ » Il y a une véritable question qui se pose sur le fait de ne pas faire entrer l'électricité et le gaz dans le domaine des énergies dont la fourniture doit rester ininterrompue tout au long de l'année, surtout à la lecture de ce que propose le service universel.

Si on considère que le service universel doit offrir un minimum vital accessible à tous à un prix abordable, alors il est étonnant que la jurisprudence constitutionnelle lui accorde moins d'importance qu' à la fourniture d'eau. Qui plus est, les différents domaines tendent à se rapprocher car à la suite d'une expérimentation menée dans plusieurs départements, « *le Gouvernement a souhaité ouvrir le principe d'une tarification sociale de l'eau pour toutes les collectivités volontaires et proposer aux collectivités qui le souhaitent de mettre en œuvre un*

⁹⁴² CC, Décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, Société SAUR SAS, cons.13

⁹⁴³ H. PAULIAT, Coupures d'eau : une interdiction constitutionnelle spécifique ?, *op. cit.*

⁹⁴⁴ J-S. BODA et A. BELAL-CORDEBAR, Continuité du service public de la distribution d'eau - De la continuité du service public de la distribution d'eau au regard de la distribution et de la fourniture d'énergie, *Droit administratif* n°5, mai 2016, comm. 33

*dispositif de “chèque eau“, sur le modèle du chèque énergie.*⁹⁴⁵ » Le service public de l'eau pourrait donc entrer dans une logique de service universel, il est en tout cas mieux protégé par le Conseil constitutionnel que l'énergie, en étant directement lié à un logement décent et donc à la dignité, et l'idée du chèque-eau confirmerait ces ambitions de service universel en termes d'accessibilité.

Il y a donc des liens connexes assez forts entre un ensemble de droits-créances et de rapport à la dignité, qui sont entretenus avec le service universel, tous protégés à un niveau supra-législatif. Il faut tout de même souligner que les uns ne font jamais référence aux autres, alors qu'ils embrassent des problématiques parfois très similaires comme l'accessibilité à l'eau. Le service universel se trouve ainsi garant de droits fondamentaux en France mais également en Europe, où il peut être à la base d'un nouvel usager européen, dont les droits fondamentaux sont respectés par un mécanisme supra-législatif et effectif.

Section II : Le renforcement des droits de l'usager européen

Finalement, avec le service universel, c'est la constitution d'une nouvelle vision de l'usager qui se crée : celui de l'usager européen des services publics. Le droit européen du service universel a le potentiel, s'il est développé par les gouvernants, pour se trouver à la base d'une définition du socle européen de services (1§) protégeant tout autant les SIEG que les SNEIG, ce qui permettrait un socle clair de services accessibles à tous. En ce sens, les droits fondamentaux et les droits sociaux pourraient être protégés effectivement et efficacement, et une nouvelle Europe plus sociale pourrait se créer avec une redéfinition également du statut de l'usager (2§) qui disposerait d'un véritable droit au service universel de sa simple nature de citoyen européen, créant un nouvel espace de cohésion sociale européenne.

⁹⁴⁵ Réponse ministérielle n°13098, JO Sénat, 2 janvier 2020, p.58 *in* Quelles conséquences des impayés d'eau pour les communes, La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales n°1, 7 janvier 2020, act. 17

1§ Une redéfinition du socle européen de services

Le service universel ne peut rester cantonné aux SIEG pour que l'Europe se donne les moyens de réaliser les objectifs sociaux qu'elle s'est fixée. Les objectifs d'accessibilité, qu'ils soient financiers, géographiques ou de qualité, sont transposables aussi bien aux SIEG qu'aux SNEIG (A). Ainsi, en matière d'éducation, comme en matière de santé, le service universel peut se révéler utile grâce à ses obligations d'accessibilité financière ou de proximité géographique. Le service universel se révèle être un outil qui pourrait être efficace pour ainsi protéger l'utilisateur d'un nouveau socle européen de services élargi, et répondre aux attentes fixées par les différents droits fondamentaux proclamés, qui peuvent avoir besoin du service universel pour s'exprimer.

A. La complémentarité avec le SIG

1. Les interactions avec le SIG de l'éducation

Comme pour tous les SIG, le droit à l'éducation ne rentre pas dans le champ du service universel. Il est du domaine de compétence des États qui le partagent le plus souvent avec leurs collectivités territoriales. N'étant pas dans une logique marchande qui amènerait à une libre concurrence, il n'y a évidemment pas de libéralisation générale et complète de ce secteur ce qui conduit pour l'Union européenne à l'inutilité de créer un service universel. Or, il est impossible de dire deux choses : d'une part que l'Europe est totalement absente des débats du cadre de l'éducation et de l'enseignement supérieur, et d'autre part que la proclamation d'un service universel serait si inutile dans ce domaine.

Ce qu'il est en revanche possible d'affirmer, c'est qu'entre les États membres, il existe des disparités importantes entre chaque État dans le domaine.

Il y a tout d'abord des différences dans la scolarisation en elle-même : *« le coût des études supérieures, la durée de scolarisation obligatoire, l'âge d'entrée à l'école... sont autant de différences d'un État membre à l'autre. Si les systèmes éducatifs de chaque pays sont différents, certains témoignent d'un tronc commun à tous les élèves défini par une continuité entre les enseignements du primaire et du premier cycle du secondaire. Les premiers à l'avoir adopté sont les pays scandinaves dans les années 1960. À l'inverse, l'Allemagne ou la Lituanie*

*orientent très tôt leurs élèves par le biais d'un système d'apprentissage très développé.*⁹⁴⁶ » Outre ces différences de scolarisation, il faut ensuite noter les différences d'âge dans la scolarisation : « *La moitié de l'UE des 28*⁹⁴⁷ *fixe la fin de la scolarité à 16 ans minimum et la durée de scolarisation des élèves varie entre 9 et 13 ans. On observe une fracture nette entre les pays du nord et de l'est avec ceux du sud de l'Europe sur le taux de sorties précoces du système scolaire, pourtant en baisse depuis les années 2000. Alors que les États membres du Nord et de l'Est comptabilisent environ moins de 8% de sorties précoces, les États du Sud et la Roumanie ont des taux deux fois plus élevés, oscillant entre 15 et 22%.*⁹⁴⁸ » Enfin d'autres différences marquantes sont à noter dans le coût des études : « *Le coût de l'enseignement supérieur varie aussi d'un pays européen à l'autre. Les frais d'inscriptions et administratifs sont inférieurs à 1000 euros pour la majorité des États. Sans surprise, les pays où les études coûtent le plus cher est le Royaume-Uni (à l'exception de l'Ecosse). Les pays les plus généreux sont les pays scandinaves. Au Danemark, les bourses peuvent s'élever jusqu'à 9000 euros an. A contrario, les derniers pays entrés dans l'UE ont les bourses les plus faibles, avec un montant inférieur à 1000 euros.*⁹⁴⁹ » Il faut donc constater qu'au sein de l'Union européenne, dans tous les aspects de la scolarisation, des différences émergent, qui naissent naturellement du principe de subsidiarité et du pouvoir d'appréciation des États. Pourtant, l'Union européenne tente de se saisir d'un certain nombre de problématiques à l'échelle du continent.

Il y a eu, dans le domaine de l'enseignement supérieur, des avancées communes importantes telle que celle du processus de Bologne. Il a été mis en place par une déclaration du 19 juin 1999 et est « *une initiative intergouvernementale à travers laquelle les États visent à atteindre, grâce à un dialogue ouvert et constructif, des objectifs communs au moyen d'engagements souscrits au niveau international.*⁹⁵⁰ » Parmi les grands accomplissements du processus de Bologne, il faut noter qu'il a « *favorisé la mobilité à travers le renforcement de l'internationalisation de l'enseignement supérieur et l'amélioration de la compatibilité et de la comparabilité des normes des différents systèmes d'enseignement supérieur.* » Il a également « *été instauré dans le but de mettre en place un système en trois cycles (licence/bachelor – master – doctorat et de rendre les systèmes européens de l'enseignement supérieur plus*

⁹⁴⁶ <https://www.touteleurope.eu/economie-et-social/l-education-et-la-formation-dans-l-union-europeenne/>, consulté le 28 juillet 2021

⁹⁴⁷ L'étude est réalisée avant le Brexit.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ Résolution du Parlement européen du 19 avril 2018 sur la mise en œuvre du processus de Bologne – état des lieux et suivi, JO du 18 novembre 2019, numéro C390, p.155.

*comparables et plus attrayants dans le monde entier.*⁹⁵¹ » Les initiatives européennes dans le domaine de l'éducation continuent de se développer, et dans une communication de la Commission, elle mentionne qu' « *une plus grande attention doit être accordée à l'éducation, à la formation et à la culture afin d'exploiter pleinement leur potentiel à l'appui du projet européen.*⁹⁵² » Elle rappelle également les dernières avancées en matière d'enseignement avec un plan d'action en matière d'éducation numérique⁹⁵³, une proposition de recommandation du Conseil relative à la promotion des valeurs communes, à l'éducation inclusive et à la dimension européenne de l'enseignement⁹⁵⁴ et une proposition de recommandation du Conseil relative aux compétences clés pour l'éducation et la formation tout au long de la vie⁹⁵⁵.

Des perspectives sont également dressées pour la suite de l'Europe de l'éducation avec « *un espace européen de l'éducation* » et un renforcement « *des dimensions jeunesse, éducation et culture du projet européen [qui] contribuera à construire une Union qui donne à ses citoyens les moyens de réaliser leurs aspirations.*⁹⁵⁶ »

Si le domaine de l'éducation reste donc aux États, le principe de subsidiarité est tout de même prégnant puisque l'Europe agit pour une meilleure cohésion et vers des objectifs transnationaux. Ce qui laisse penser que pour ce SIG, le service universel pourrait avoir une place. Les différences d'accès, sociales notamment, telles qu'elles ont été soulignées dans les derniers pays entrés dans l'Union européenne, laissent croire qu'une convergence de l'accessibilité, géographique et financière pourrait être intéressante pour garantir de nouveaux droits aux usagers européens.

2. Les interactions avec le SIG de la santé

Tout comme pour l'éducation, la santé reste un domaine qui est de la compétence des États membres. Néanmoins tout comme pour l'enseignement, les frontières semblent bouger, notamment à la suite de la crise de la Covid, et peuvent laisser penser à une plus grande cohésion des États dans la politique sanitaire et une place peut encore être réservée au service universel.

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² COM (2018) 268 du 22 mai 2018, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions. Construire une Europe plus forte : le rôle des politiques en faveur de la jeunesse, de l'éducation et de la culture.

⁹⁵³ COM(2018) 22

⁹⁵⁴ COM (2018) 23

⁹⁵⁵ COM (2018) 24

⁹⁵⁶ COM (2018) 268 du 22 mai 2018, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions. Construire une Europe plus forte : le rôle des politiques en faveur de la jeunesse, de l'éducation et de la culture

D'ailleurs, le socle européen des droits sociaux⁹⁵⁷ fait mention d'une accessibilité en matière de santé dont les termes font penser à ceux du service universel. L'article 16 sur les soins de santé dispose que « *toute personne a le droit d'accéder en temps utile à des soins de santé préventifs et curatifs abordables et de qualité*⁹⁵⁸ » et l'article 18 dispose que « *toute personne a le droit d'accéder en temps utile à des soins de longue durée abordables et de qualité, en particulier des services de soins à domicile et de services de proximité*⁹⁵⁹ ». Ces articles mentionnent les caractères abordable, qualitatif et de proximité tout comme le service universel. Néanmoins, il faut noter que le socle européen de droits sociaux n'a pas une valeur contraignante ce qui l'éloigne fortement du service universel, et « *s'apparente [...] plus à une grille de lecture qu'à un texte contraignant, conduisant à une véritable convergence sociale européenne*.⁹⁶⁰ »

La Commission européenne souligne de toute manière que « *l'organisation et la fourniture de soins de santé relèvent de la responsabilité des pays membres. Le rôle de l'UE est de compléter les politiques nationales en aidant les États membres à atteindre des objectifs communs, à réaliser des économies d'échelle, à mettre en commun leurs ressources et à relever des défis communs*.⁹⁶¹ » Il est donc difficile à première vue de croire à une véritable politique commune en matière de santé qui pourrait alimenter un éventuel service universel de la santé. Marc Blanquet note à ce sujet que « *La compétence européenne de santé publique est (...) marquée par une ambivalence en ce qu'elle s'est développée de manière indirecte ou accessoire ; elle l'est aussi parce qu'elle ne vise qu'à compléter l'action première qui reste celle des États membres, et qu'il s'agit du seul domaine que le traité de Lisbonne a écartelé entre un statut de compétence d'appui et un statut de compétence partagée*.⁹⁶² » Pourtant, malgré cette opacité autour d'une éventuelle compétence de l'Union, la crise de la Covid 19 a réveillé les possibilités d'action commune.

⁹⁵⁷ Adopté à Göteborg le 17 novembre 2017 et approuvé par le Conseil européen du 14 décembre 2017

⁹⁵⁸ Article 16 du Socle européen des droits sociaux

⁹⁵⁹ Article 18 du Socle européen des droits sociaux

⁹⁶⁰ Dans un rapport du Sénat, il est noté qu' « *on peut de fait, s'interroger sur la valeur juridique de ce socle. La proclamation interinstitutionnelle a été l'occasion d'affirmer qu'il ne disposerait pas d'une valeur contraignante comme peut l'avoir aujourd'hui la Charte des droits fondamentaux dont il décline, pourtant, un certain nombre de principes. Sa valeur est donc aujourd'hui consultative, à l'instar de ladite Charte jusqu'au Traité de Lisbonne. Il pourrait donc rester une grille de lecture sans aucune valeur ajoutée. Le service juridique du Conseil, saisi de cette question, a d'ores et déjà indiqué que l'Union européenne n'avait pas de compétence pour créer des droits contraignants.* » P. GRUNY et L. HARIBEY, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur la convergence sociale dans l'Union européenne, Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 avril 2018.

⁹⁶¹ https://ec.europa.eu/info/policies/public-health_fr, consulté le 29 juillet 2021

⁹⁶² M. BLANQUET, Compétence et ambivalence de l'Union européenne en matière de santé publique, Revue de l'Union européenne, 2019, p.12.

Marie Prokopiak a notamment souligné que, face à l'épidémie et aux différentes mesures qui ont été prises pour freiner la propagation du virus dans chacun des États membres, « *l'UE s'efforce d'organiser – avec plus ou moins de réussite – la coordination des États membres, de sorte que les mesures de santé publiques nationales présentent une plus grande cohérence à l'échelle européenne. Elle encourage et promeut, par ailleurs, l'assistance mutuelle en matière de soins d'urgence, suivant l'esprit de solidarité présidant au projet européen.*⁹⁶³ » En termes de coordination notamment, le Health Security Committee a permis aux autorités nationales et aux autorités européennes de se concerter pour prendre des décisions et adopter des mesures communes entre les États membres. « *Ces discussions politiques contribuent parfois à faire émerger une vision commune en matière sanitaire, laquelle est ensuite formalisée par la Commission européenne dans des recommandations, feuilles de routes ou autres lignes directrices. (...) En d'autres termes, il s'agit pour la Commission européenne de concilier l'exigence d'une harmonisation minimale des mesures de gestion de la crise à l'échelle de l'UE – compte tenu de son ampleur et de sa gravité exceptionnelles – et la liberté de décision reconnue aux autorités nationales en matière sanitaire.*⁹⁶⁴ » Devant la crise de la Covid, et avec la compétence sanitaire précédemment relevée, l'Union européenne s'est donné les moyens de travailler collectivement.

Là encore, avec cet amorçage d'un travail européen, et les ambitions qui ont été fixées par le socle européen des droits sociaux, le service universel semble pouvoir trouver sa place, à la fois dans le domaine social, mais aussi géographique, pour répondre à des périodes de crises en termes d'accessibilité.

Le service universel peut donc s'appliquer aux SNEIG et être d'un secours intéressant quant à ses vertus d'accessibilité sociale, géographique et de qualité. Il peut se révéler tout aussi utile concernant l'application des multiples droits fondamentaux proclamés à plusieurs niveaux en droit européen mais qui peuvent avoir besoin de la force normative de la directive pour être applicable.

⁹⁶³ M. PROKOPIAK, L'apport de l'Union européenne à la gestion de la crise sanitaire *in* La crise de la Covid-19, Comment maintenir l'action publique (dir. H. PAULIAT et S. NADAUD), p.213.

⁹⁶⁴ *Ibid.*

B. La mise en perspective avec les droits fondamentaux

1. Des droits fondamentaux disséminés mais reliables pertinemment au service universel

L'Union européenne et le Conseil de l'Europe regorgent de textes et de proclamations de droits fondamentaux, dont la valeur juridique est variable mais qui protègent des droits notamment sociaux. Les droits sociaux sont ceux qui « *concernent le bien être des membres de la société et qui visent à assurer des conditions de vie conformes à la dignité humaine.*⁹⁶⁵ » Comme évoqué, la dignité humaine peut se rapporter bien souvent aux droits sociaux que pourrait protéger un service universel étendu à de nouveaux SIG. C'est ainsi qu'il est possible d'apercevoir, en faisant un état des lieux, que la combinaison d'un service universel élargi, notamment à l'éducation et à la santé, peut se révéler intéressant pour rendre effectifs ces droits fondamentaux proclamés.

Il en va ainsi naturellement de la Charte européenne des droits fondamentaux et de son article 36 qui semble être le plus en rapport avec le service universel tel qu'il existe aujourd'hui en Europe puisque cet article proclame que « *l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.*⁹⁶⁶ » Il s'agit ici du lien le plus étroit qui peut être fait avec les droits fondamentaux et le service universel, qui concourt, par son accessibilité entière aux usagers, à cette cohésion sociale.

Deux autres articles peuvent intéresser le champ d'un nouveau service universel dans cette Charte avec notamment l'article 14 concernant le droit à l'éducation et disposant que « *toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue. Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire.*⁹⁶⁷ » Le second article à lire en miroir concerne la protection de la santé puisque, dans ce dernier, « *toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et les pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union.*⁹⁶⁸ » Pour ces deux articles, il est possible de constater

⁹⁶⁵ N. ALIPRANTIS, Les droits sociaux sont justiciables !, Revue droit social, 2006, p.158.

⁹⁶⁶ Article 36 de la Charte européenne des droits fondamentaux

⁹⁶⁷ Article 14 de la Charte européenne des droits fondamentaux

⁹⁶⁸ Article 35 de la Charte européenne des droits fondamentaux

que la réalisation d'un service universel, avec une proximité géographique donnée et une accessibilité sociale et de qualité permettraient de réaliser les objectifs assignés par la Charte.

Les frontières des droits fondamentaux peuvent également s'ouvrir en observant, hors Union Européenne, la Charte sociale européenne qui, « *si la convention européenne des droits de l'Homme est sans aucun doute l'œuvre majeure du Conseil de l'Europe pour la protection des droits civils et politiques (i.e. les droits "de première génération"), la Charte sociale européenne est certainement son œuvre majeure pour la protection des droits économiques ou sociaux (i.e. les droits "de deuxième génération")*⁹⁶⁹ » Son article 30 proclame qu' « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, les Parties s'engagent : a. à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille ; b. à réexaminer ces mesures en vue de leur adaptation si nécessaire.* » Cet article se relie assez aisément aux articles 14 et 35 de la Charte européenne des droits fondamentaux et le service universel sert également d'instrument de lutte contre l'exclusion.

Enfin, la Déclaration universelle des Droits de l'Homme contient également un certain nombre de dispositions liés aux droits sociaux, à la dignité et par extension, au service universel. L'article 25 dispose notamment en son début que « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que les services sociaux nécessaires.*⁹⁷⁰ » On peut y voir un socle social qui pourrait être assouvi par le service universel. De même, en ce qui concerne l'article 26, qui proclame que « *Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. (...) L'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite.*⁹⁷¹ » Une fois encore, par un service universel étendu mais qui garde ses caractéristiques sociales, géographiques et qualitatives, le recours aux droits sociaux serait garanti. Qui plus est, ces derniers semblent en avoir besoin pour une réelle effectivité.

⁹⁶⁹ C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, Droit européen des droits de l'Homme, S, 2017, p.24.

⁹⁷⁰ Article 25 DUDH

⁹⁷¹ Article 26 DUDH

2. Le besoin du service universel pour les droits sociaux

Ces droits sociaux vont connaître un certain nombre d'écueils qui seront liés à leur justiciabilité. S'il ne fait pas de doute pour la Charte européenne des droits fondamentaux, que les droits sociaux ont réellement acquis cette fundamentalisation⁹⁷² et que depuis le traité de Lisbonne, la Charte dispose de la même valeur que les traités, la question des obligations positives à la charge des États semble poser pourtant plus de problèmes.

Il s'agit tout simplement de la question de l'utilité et de l'effectivité des normes posées par la Charte européenne des droits fondamentaux qui pose problème. La doctrine relève ainsi que « *L'article 35 indique dans sa première phrase que "toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. (...) Le renvoi au droit national semble indiquer que le droit aux soins médicaux s'apprécie à droit constant, sans obligation pour l'État de modifier son système de santé.*⁹⁷³ » Elle relève également tous les articles de la Charte commandant « un niveau élevé de protection », comme le fait l'article 35, en critiquant le peu d'efficacité et de contrainte qui pèse sur les États avec ces dispositions puisqu'il s'agit alors « *en réalité d'objectifs politiques, programmatiques, repris d'ailleurs directement des traités européens et qui sont de toute façon bien trop vagues pour pouvoir être invoqués en justice.*⁹⁷⁴ » Il y a donc un certain nombre de droits sociaux qui sont proclamés mais qui n'ont que cette valeur programmatique ou qui laissent jouer pleinement le principe de subsidiarité. Dans ces termes-ci, l'utilisation de la directive par le service universel pourrait se révéler nettement plus contraignant et efficace pour détailler un programme en matière de santé selon cet article 35.

La même remarque peut être faite concernant le service public de l'enseignement. Malgré les nombreux textes précités faisant l'apologie du droit à l'éducation, le système a assez mal pu répondre à la problématique de la Covid-19. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme a rendu un avis en 2021 sur les différents échecs que le système éducatif a pu connaître notamment durant la période de pandémie. « *La question de l'équipement*

⁹⁷² « Depuis l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, cette question ne présente apparemment plus d'intérêt : la fundamentalisation des droits sociaux a été opérée lorsque ces derniers ont été intégrés à la Charte ; du fait de cette inclusion, ils ont acquis formellement le statut de droits fondamentaux. » A. FABRE, « La fundamentalisation » des droits sociaux en droit de l'Union européenne in La protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne, (dir. R. TINIERE, C. VIAL), Bruylant, Bruxelles, 2015

⁹⁷³ C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, Droit européen des droits de l'Homme, S, 2017, p.88 et s.

⁹⁷⁴ *Ibid.*

informatique lui-même, mais aussi de la connectivité et, de façon plus large, des conditions matérielles d'étude révèlent des inégalités persistantes. Plusieurs études et enquêtes menées en 2020 montrent qu'un pourcentage non négligeable d'étudiants ne dispose pas d'un matériel ou d'une connexion adaptée et stable leur permettant ne serait-ce que de suivre sans interruption l'ensemble de leur cours à distance. (...) » révèle la CNCDH⁹⁷⁵. Ici, il y a un échec des droits à l'éducation qui sont proclamés en termes de qualité et en termes sociaux. La CNCDH souligne une difficulté géographique qui peut être résolue par le service universel : « celui d'une division entre des élèves accédant à distance à des formations en ligne et des élèves plus fortunés, en capacité de payer les frais notamment de logement et qui accèderaient au présentiel.⁹⁷⁶ »

Ainsi, le service universel peut résoudre un certain nombre de problèmes avec les droits sociaux fondamentalisés, notamment en ce qui concerne les obligations positives qui pourraient découler de ces droits, et qui peuvent venir à manquer comme dans le cas de l'enseignement supérieur et de la difficulté de la distance.

2§ La redéfinition de l'usager européen

En offrant un service de base à chaque usager européen, des conséquences peuvent être déduites sur la reconstruction du statut de ce dernier. L'Europe veille de plus en plus à la cohésion sociale de ses ressortissants et le service universel est un instrument de développement de cette même cohésion sociale. Il exprime une forme de solidarité et d'unicité pour chaque usager qui renforce le lien entre eux, et le renforcera d'autant plus qu'il sera développé (A). Avec une cohésion sociale renforcée, une unicité se dégage de l'Union européenne des usagers, vers une nouvelle conception de la citoyenneté sociale dont le service universel sera partie intégrante (B).

⁹⁷⁵ CNCDH, Avis A-2021-7, AVIS « POUR UN ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR RESPECTUEUX DES DROITS FONDAMENTAUX : SE Doter DES MOYENS DE CETTE AMBITION » 27 mai 2021

⁹⁷⁶ *Ibid.*

A. Une cohésion sociale européenne

1. La recherche d'une cohésion sociale

Les ambitions européennes ont été construites sur le plan économique mais la reconfiguration d'un service universel pourrait permettre à l'Union européenne de progresser dans le champ de la cohésion sociale. L'entreprise de définition des termes de cohésions sociales se révèle ardue selon la doctrine, qui n'hésite pas à mentionner qu'elle est « *récurrente dans le discours politique mais [que] la littérature scientifique qui lui est consacrée demeure réduite*⁹⁷⁷. » Ce terme est retrouvé en effet dans de nombreuses politiques menées par l'État, comme le plan France Relance, « *nommé plan de cohésion économique, sociale et territoriale*⁹⁷⁸ » ou encore le Plan de Cohésion sociale de 2005⁹⁷⁹. Malgré les annonces et les utilisations répétées mais peu définies de la cohésion sociale⁹⁸⁰, il est néanmoins possible de constater que le service public joue toujours un rôle important lors de sa promotion. Pierre Strobel énonce que « *le service public agit ainsi au nom des besoins collectifs et du bien public, et en premier lieu de la cohésion sociale*⁹⁸¹ », qu'il définira comme « *le premier des biens publics* » ou encore « *la capacité d'une société à "tenir" ensemble* ». Encore faut-il comprendre les mécanismes qui permettent à la société de tenir ensemble. La définition qu'en donne Pierre-Yves Cusset rejoint cette idée puisqu'il estime que « *fidèle à la pensée du père fondateur de la sociologie française, nous définirons la cohésion sociale comme l'expression de la solidarité qui unit les membres de la société.*⁹⁸² » Pour qu'il y ait cohésion sociale, il faudrait donc un élément qui fassent tenir les individus d'un groupe entre eux, un élément qui permettrait la solidarité. La doctrine sociologique ajoute qu'il y a une « *solidarité dite "froide" [qui] repose sur les structures de l'État social ainsi que sur des formes de redistribution organisées par un pouvoir centralisé.*⁹⁸³ »

⁹⁷⁷ C. GUIBET-LAFAYE, A. KIEFER, Interprétations de la cohésion sociale et perceptions du rôle des institutions de l'Etat social, L'année sociologique 2012/1, 62, p.195 et s.

⁹⁷⁸ <https://agence-cohesion-territoires.gouv.fr/france-relance-un-plan-de-cohesion-economique-sociale-et-territoriale-216>, consulté le 2 août 2021

⁹⁷⁹ <https://www.lagazettedescommunes.com/20215/les-principales-mesures-du-plan-de-cohesion-sociale/>, consulté le 2 août 2021

⁹⁸⁰ En ce sens également, « *la notion de cohésion sociale est aujourd'hui largement convoquée, généralement dans le cadre de discours ou d'analyses la décrivant "en danger" ou devant faire l'objet de vigoureuses actions de préservation, voire de restauration par la puissance publique. Elle fait bien plus rarement l'objet d'une tentative de définition, même minimale.* » P-Y. CUSSET, Crise de la cohésion sociale : éléments de diagnostic, Droit social, 2009, p.518.

⁹⁸¹ P. STROBEL, Services publics et cohésion sociale, *op.cit.*, p.7

⁹⁸² P-Y. CUSSET, Crise de la cohésion sociale : éléments de diagnostic, *op. cit.*, p.518.

⁹⁸³ C. GUIBET-LAFAYE, A. KIEFER, Interprétations de la cohésion sociale et perceptions du rôle des institutions de l'Etat social, p. 195 et s.

C'est naturellement que le service public trouve sa place dans cette solidarité dite « froide », instituant une solidarité étatique. Mais aujourd'hui, par le service universel, une cohésion sociale peut se construire au niveau européen.

2. La mise en œuvre de la cohésion sociale par le service universel

La cohésion sociale ne se construit pas qu'au niveau étatique et il est possible de penser qu'un service universel repensé permettrait à l'usager européen de vivre dans un ensemble qui serait constitutif de cette véritable cohésion sociale.

Cette dernière semblait déjà être un objectif au niveau du Conseil de l'Europe puisqu'un comité, aujourd'hui disparu, était nommé, « *Comité européen pour la cohésion sociale, la dignité humaine et l'égalité* » et avait notamment pour objectif de « *garantir pleinement la jouissance des droits de l'homme, en ce compris les droits sociaux et économiques, et l'accès à ces droits pour tous les membres de la société.*⁹⁸⁴ » De même, au niveau de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux et son article 36 emploient ce terme de cohésion sociale en affirmant que « *l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale au sein de l'Union*⁹⁸⁵. » L'Europe affirme de plus en plus son volet social en invoquant ses services d'intérêt général comme à l'occasion du protocole n°26 adossé au Traité de Lisbonne qui promeut « *les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général*⁹⁸⁶ ». Enfin, la communication de la Commission sur les services d'intérêt général va plus loin en affirmant que « *ces services répondent en effet à des besoins fondamentaux. La fonction de ciment de la société que ces services assument dépasse le seul niveau de préoccupations matérielles. Elle comporte une dimension symbolique : les services d'intérêt général offrent des repères à la collectivité et sont constitutifs du lien d'appartenance des citoyens à celle-ci. Ils constituent ainsi un élément de l'identité culturelle pour tous les pays européens, jusque dans les gestes de la vie quotidienne*⁹⁸⁷. » Il est donc possible de voir que l'Europe va se soucier de la cohésion sociale qu'elle peut mettre en place, grâce à la précédente « solidarité froide » énoncée et

⁹⁸⁴ <https://www.coe.int/fr/web/cddec/home>, consulté le 2 août 2021

⁹⁸⁵ Article 36 de la Charte des droits fondamentaux

⁹⁸⁶ Protocole N°26 annexé au Traité de Lisbonne

⁹⁸⁷ COM (96) 443 final du 11 septembre 1996 Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe.

l'intermédiaire de ses services d'intérêt général. Pierre Bauby en tire la conclusion que « *si l'intégration [européenne] a été fondée sur des logiques de marché, elle ne s'est jamais réduite au "tout marché" ou au "tout concurrence" que prônent certains.* » Il considère que « *Les services publics – services d'intérêt général, SIG – sont reconnus comme relevant de "valeurs communes" à l'UE et contribuant "à sa cohésion sociale et territoriale" ? Ils sont justement à la croisée de l'économique et du social (et doivent pleinement intégrer la troisième composante – environnementale – du "développement durable") : ils sont des composantes essentielles de ce qu'il est convenu d'appeler le "modèle social européen".* » S'il est considéré que la cohésion sociale permet une solidarité, un accès aux droits sociaux, et ce par les services d'intérêt général, alors le service universel en sera indubitablement un vecteur.

Il le sera par son universalité et son irréductibilité. La directive Service universel prévoit d'ailleurs que « *garantir un service universel* », c'est « *veiller à ce que, sur leur territoire, les services (...) soient mis à la disposition de tous les utilisateurs finals, au niveau de qualité spécifié, quelle que soit la localisation géographique de ces derniers et, en fonction des conditions propres à chaque État membre, à un prix abordable*⁹⁸⁸ ».

Finalement, cette définition se rapproche beaucoup, si elle était étendue à d'autres secteurs, de celle qui est faite en sociologie, c'est-à-dire « *la réduction des écarts sociaux – et l'engendrement d'une forme d'homogénéité sociale [qui] passe notamment, dans le cadre de l'État social, par la production et l'existence de biens collectifs, tels que les soins de santé, l'éducation, rendus universellement accessibles ou par la promotion de programmes de redistribution équitable.*⁹⁸⁹ »

L'Europe sociale passera donc par une cohésion sociale renforcée, gage de solidarité et d'équité. Le service universel, lui, est un instrument qui permet indubitablement de la renforcer, mais encore faut-il que lui-même s'étende à d'autres sphères. Son irréductibilité et son niveau supra-législatif permettent à tous les citoyens de l'Union européenne d'avoir « *un ensemble minimal de services déterminés à tous (...) à un prix abordable.* » Il y a donc une réelle cohésion sociale qui peut être créée selon le niveau déterminé du service universel.

⁹⁸⁸ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel")

⁹⁸⁹ C. GUIBET-LAFAYE, A. KIEFER, *Interprétations de la cohésion sociale et perceptions du rôle des institutions de l'Etat social*, *op. cit.*, p. 195 et s.

Si le service universel porte l'espoir d'un renouveau de la cohésion sociale par la solidarité qu'il entraîne et qu'il peut, au maximum de son potentiel, engendrer, il permettra une nouvelle vision d'un usager européen des services publics. L'ensemble des usagers européens aura donc accès au minimum au service universel, ce qui peut être constitutif d'une citoyenneté reconfigurée.

B. Un élément constitutif d'une citoyenneté européenne

1. Une citoyenneté européenne à parfaire

Tout autant que la définition de la cohésion sociale, celle de la citoyenneté va être difficile à établir. Il semblerait que la citoyenneté soit constituée d'un ensemble d'éléments que seraient l'histoire, le droit puis la politique. « *D'abord l'histoire [...] c'est dans le courant du XVIII^{ème} que les auteurs des Lumières, de Montesquieu à Rousseau, avec des grandes différences, font de la citoyenneté le statut commun de ceux qui vivent sous la même autorité. La Révolution donnera, au concept et à sa pratique, un développement irréversible. Désormais, le titre de citoyen dont "on s'honore" est le dénominateur commun pour penser la République.*⁹⁹⁰ » A première vue, ce premier élément constitutif pourrait, dans une moindre mesure par rapport aux États-nations tels qu'ils sont connus aujourd'hui, être rempli dans le cadre de l'Union européenne.

« *Ce qui caractérise la citoyenneté, au-delà des discours qu'elle génère, c'est qu'elle est une institution juridique qui a donc sa définition, ses catégories et une jurisprudence qui en déterminent les limites, les modes de fonctionnement et le contrôle [et] enfin la politique [...]. S'il est institution éminemment politique, c'est bien celle de la citoyenneté : car depuis Athènes, la citoyenneté est le mode d'accession à la décision politique, excluant par la même tous ceux qui n'en sont pas dotés. [...] La citoyenneté parle donc de pouvoir et c'est bien ce sur quoi roule les débats.*⁹⁹¹ » S'il faut s'en tenir à cette définition de la citoyenneté, l'Union européenne peut effectivement laisser penser qu'elle a une légitimité fondée à créer sa citoyenneté.

En tout cas, c'est ce qu'elle a fait en droit avec l'article 20 du TFUE expliquant qu' « *il est institué une citoyenneté de l'Union . Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre.*⁹⁹² » Conformément à la définition précitée, les éléments semblent remplis :

⁹⁹⁰ M. MIAILLE, Les mots-clés de la citoyenneté, Dalloz, 2019

⁹⁹¹ *Ibid.*

⁹⁹² Article 20 TFUE

une histoire de la construction européenne qui laisse entrevoir la possibilité de créer une citoyenneté, un droit clairement effectif par un droit à la fois primaire, dérivé et une jurisprudence établie. Quant à la politique, se trouve la question qui soulève le plus de difficultés mais un faisceau d'indices semble favorable à dire que le critère est rempli, notamment l'article 22 du TFUE qui souligne que « *tout citoyen de l'Union résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il réside [...] tout citoyen de l'Union résidant dans un État membre dont il n'est pas ressortissant a le droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen dans l'État membre où il réside*⁹⁹³ ».

Cependant, il serait intéressant d'imaginer pour le citoyen une autre forme de citoyenneté que celle classique qui vient d'être décrite. Le service universel jouerait pleinement son rôle dans cette vision de la citoyenneté européenne.

2. *Le service universel comme élément constitutif de la citoyenneté européenne*

Outre les éléments objectifs de la citoyenneté qui ont été rappelés, il est nécessaire de rappeler, tel que le fait Anicet Le Pors, des éléments subjectifs. « *Il n'y a pas de citoyenneté sans finalités, sans valeurs. Celles-ci ont été extrêmement variées au fil du temps, même si on peut y déceler un fond commun de recherche de liberté et de rationalité : les dieux des cités et la mythologie dans la Grèce antique, le sens du droit et de la loi sous Rome, l'exigence de libertés nouvelles dans les cités médiévales, « liberté, égalité, fraternité » sous la Révolution française. La citoyenneté ne saurait donc se décrire seulement comme un ensemble de droits et d'obligations. Ceux-ci ne sont conférés comme prérogatives aux citoyens que dans la mesure où il se sentent membres d'une communauté guidée par des valeurs partagées, même si celles-ci donnent lieu entre eux à des débats contradictoires.*⁹⁹⁴ » Si la citoyenneté se rapproche aussi des valeurs partagées, il faut rappeler les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général qui sont rappelés au protocole n°26 annexé au Traité de Lisbonne. Dans ce cas, il est légitime de croire que la citoyenneté de l'Union s'attache aux SIG.

Ce qui est intéressant dans cette construction d'une citoyenneté autour du SIG est son rapprochement avec ce qui est appelé la « *citoyenneté sociale, comprise comme le soubassement matériel de la liberté et de l'égalité des citoyens.* » Autrement dit, « *qu'il s'agisse*

⁹⁹³ Article 22 TFUE

⁹⁹⁴ A. LE PORS, *La citoyenneté, Que sais-je ?*, PUF, 1999, p.7.

de l'automaticité de l'ouverture des droits à certaines prestations ; des revendications d'individualisation de droits aujourd'hui familialisés ; des formes possibles d'universalisation du revenu minimum (notamment par son ouverture aux jeunes) – allant d'une fusion des minima actuels à un éventuel « revenu d'existence » ; de la perspective d'un régime universel de retraite ; du besoin de protection adapté aux nouveaux travailleurs indépendants précaires des plateformes ; des améliorations à apporter à la mise en œuvre du droit au logement... Toutes ces questions qui occuperont sans doute les débats des années à venir touchent directement à la définition que l'on se donne du citoyen comme sujet de droits sociaux.⁹⁹⁵ » Il y aurait donc une citoyenneté qui peut être qualifiée de citoyenneté sociale et qui s'exerce par les droits sociaux dont disposent les citoyens. Ces droits sont bien entendus universels puisque chaque citoyen peut en disposer.

Cette idée peut être au cœur d'une vision de la citoyenneté sociale européenne avec le service universel, qui serait le socle d'accessibilité à des droits sociaux dont chaque personne ayant la citoyenneté européenne disposerait. Ce socle étant toujours déterminé par les choix politiques guidées par les gouvernants. La vision de l'Europe sociale pourrait ainsi être transcendé puisque la citoyenneté découlerait de cette garantie de services publics. La position de citoyen conférerait ces droits et pour modifier un peu les termes de Léon Duguit : l'Europe serait « *une coopération de services publics*⁹⁹⁶ ».

CONCLUSION CHAPITRE II

L'utilisateur du service public, et plus largement le citoyen, voit ses droits sociaux protégés par une multitude de textes disséminés. En France, le préambule de 1946 consacre des droits-créances auquel est rattachable le principe de dignité qui fonde notamment son droit à l'eau. Du côté de l'utilisateur européen, d'autres textes telles que la Charte sociale européenne ou la Charte européenne des droits fondamentaux, protègent également un certain nombre de droits sociaux. Pour ces derniers, il est possible de leur reprocher leur caractère programmatique qui ne sont que peu effectifs pour le citoyen.

⁹⁹⁵ D. AGACINSKI, Défendre les droits sociaux, consolider la citoyenneté sociale, Regards, 2020/2, 58, p.123 et s.

⁹⁹⁶ En référence à « L'Etat est une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants ». L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, Paris, De Boccard, 3 éd., 1928, t.2, p.59.

Un nouveau service universel, revu à la hausse, serait un complément idéal à ces protections. Pour l'utilisateur français, son rapprochement avec le principe de dignité sociale et sa valeur supralégislative fait de lui l'allié naturel des droits-créances, à tel point que la protection de l'eau par le Conseil constitutionnel et de l'énergie par le service universel conduit à la forme souhaitée de vrai socle de service public.

Quant à sa valeur juridique, du fait de sa constitution en directive, il permettrait également de solidifier les textes européens protecteurs des droits sociaux. Le service universel repensé, solidifiant le socle des garanties des usagers et des citoyens, pourrait ainsi être à la base d'une citoyenneté européenne repensée dans le cadre d'une nouvelle et forte cohésion sociale.

CONCLUSION TITRE II

Repenser le service universel conduit à revoir ses interactions avec les grands principes qui guident l'intérêt général. Porteur d'une vision sociale du service public, il s'articulerait naturellement avec l'ensemble du droit positif apportant des garanties à l'utilisateur. Une vision prospective de ce nouveau service universel tend à rendre optimiste quant à l'incorporation de la notion. Tout d'abord sur le plan des lois de Rolland, où le service universel apporterait une vision renouvelée de l'égalité et une véritable forme d'adaptabilité s'il était optimisé. Ensuite, il serait un parfait complément aux grands textes de droits sociaux, fragmentés dans le droit européen et qui serait le fondement d'une citoyenneté européenne renouvelée.

CONCLUSION PARTIE II

Développé et exprimé au plus fort de son potentiel, la question de l'hybridation du service universel avec le droit positif était légitime. La première des complémentarités à étudier était en lien avec l'environnement financier et économique. Le service universel s'accommode parfaitement du contexte de libéralisation des anciens monopoles publics, étant créé dans ce dessein. Il va même plus loin en conférant une transparence qui n'était pas connue lors du temps de la confusion en France entre secteur public et service public. Les obligations de service universel sont identifiées, leurs coûts et leurs financements clairement évalués et une multitude d'acteurs surveillent cette nouvelle transparence.

La seconde complémentarité concernait les garanties offertes aux usagers. Il faut ici analyser que, dans l'éventualité d'un service universel plus ambitieux, la protection de l'utilisateur ne serait que renforcée. Loin des critiques du passé, les lois de Rolland sont complétées par l'accessibilité et la nouvelle forme d'égalité que confère le service universel. Au-delà, le service universel pourrait créer, au niveau européen, une cohésion sociale en renforçant les droits préexistants mais disséminés des usagers et des citoyens.

CONCLUSION GENERALE

La notion de service universel avait tout le potentiel pour être à la base d'une nouvelle cohésion sociale en Europe, offrant, comme le prévoyaient les directives, un socle de services appartenant à tous les usagers. Cette idée aurait pu permettre de faire de la notion un élément-clé d'une citoyenneté européenne fondée sur un accès minimal à un certain nombre de services.

Cependant, c'est ici que le bât blesse. Au nombre de services qui sont inclus dans le service universel – à savoir l'électricité, les télécommunications et le domaine postal – il est évident de constater que cela n'atteint pas les exigences d'un minimum vital. Tout particulièrement, il en va de la non-extension du service universel aux SNEIG. Peut-on vraiment imaginer un socle de services qui ne soit pas étendu aux hôpitaux ou aux écoles pour espérer une vie digne ? Il est vrai que le principe de subsidiarité rend les États compétents dans ce domaine, mais cela ne doit pas occulter le fait que la coopération européenne s'est également illustrée dans ces champs et qu'il n'était pas inconcevable que l'Union européenne propose une accessibilité à ces services autant qu'elle a pu le faire dans les trois domaines précités. Les différents chartes et textes composant l'Europe promeuvent la cohésion sociale, et le service universel pourrait être un de ses vecteurs.

Des reproches peuvent être faits à l'Union quant à sa vision centrée sur le marché unique, et non sur ses SIG. L'obsession était celle de l'ouverture à la concurrence et le service universel n'apparaissait finalement que comme la monnaie d'échange du démantèlement du secteur public. La libéralisation du marché risquait d'entraîner l'exclusion de certains usagers particulièrement vulnérables du fait de leur situation sociale ou de leur localisation géographique. Le service universel était alors le moyen de protéger ces usagers en leur conférant une accessibilité aux services, soit avec des obligations de raccordement, soit avec des tarifs réduits. Les secteurs visés ont principalement été ceux en réseaux, autrement dit ceux qui ont été visés par la vague de libéralisation de l'Acte unique européen. Difficile dans ce cadre d'y voir autre chose qu'un moyen de libéraliser le marché.

De plus, les différentes politiques budgétaires menées en Europe n'encouragent pas à la dépense publique, tels qu'en témoignent les questions relatives à la limite du déficit et de la dette fixés par le traité de Maastricht ou l'avènement du New Public Management.

Les États ne sont pas non plus exempts de tout reproche concernant le déploiement du service universel, certains rechignant à son application, comme dans le domaine postal. De la même

manière, la possibilité d'extension de la notion aurait pu être plus usitée, étant donné la « législation médiate » choisie par le biais de la directive.

Malgré le manque d'exploitation du service universel, certains points positifs peuvent tout de même être observés. Le premier concerne la transparence des opérations publiques. La France a longtemps connu dans son histoire la confusion entre le secteur public et le service public. Ce qui a été reproché à l'État au moment de la mise en concurrence était l'opacité des transactions. Le service universel a le mérite de fixer des obligations dont le coût et le financement sont étroitement évalués par des autorités administratives indépendantes qui fondent le renouvellement de la transparence des opérations au sein de l'ex-secteur public en France. La notion apporte également une valeur ajoutée aux lois de Rolland : en ce qui concerne la continuité, son principal atout relève de son accessibilité géographique et donc de la continuité spatiale qu'elle impose. Pour l'égalité, elle renouvelle totalement le principe en apportant une égalité réelle, délaissée par la jurisprudence administrative au profit de l'égalité formelle. Enfin, si le principe d'adaptabilité correspond de plus en plus au fait de conduire à la fermeture des localisations de service public, il peut également se révéler, notamment par le biais de la continuité spatiale, comme un fer de lance du maintien des localisations de service public.

La tarification sociale et l'accessibilité géographique semblent être les deux moyens les plus adéquats pour permettre au service universel d'exprimer son plein potentiel. La question de la tarification sociale a notamment été utilisée en France par le biais du chèque énergie mais son extension vers une même formule pour l'eau démontre les possibilités d'extensions à d'autres secteurs. Dans le domaine des SNEIG, la question d'une tarification sociale scolaire et universitaire peut ainsi se poser, tout comme dans le domaine de la santé. Toutes ces questions appellent à une évidente nouvelle répartition des compétences et à une place plus importante de l'Europe dans les questions sociales.

Le plus important des bonds en avant serait celui de l'accessibilité géographique. L'obligation de raccordement est nécessaire pour les services concernés tels que la téléphonie mais le critère de la proximité géographique est encore trop peu étudié. Concernant La Poste, il permet le maintien d'un réseau de points de contact intéressant sur le territoire, pour autant, une autre étude mérite d'être menée concernant d'autres services. En période de désertification des zones de campagne, l'extension d'un critère géographique à l'instar de ce qu'avait été la proposition de loi du « bouclier rural » pourrait ainsi être un des critères du service universel qui bouleverserait totalement l'accessibilité, notamment aux SNEIG, ce qui ferait apparaître une révolution en termes d'intérêt général et de sécurité juridique pour l'utilisateur.

Enfin, le service universel naît avec deux caractéristiques qui créent également toute l'ambition qu'il pourrait porter. Il est tout d'abord juridiquement supralégislatif, ce qui est naturellement une crainte pour les autorités nationales mais qui peut permettre à la fois la remise en cause de l'absence de droit acquis au maintien du service public en France et serait à la faveur de l'harmonisation européenne. Il est enfin évolutif, et doit s'adapter aux changements de circonstances. Cet élément qui dépend éminemment des pouvoirs publics peut faire du service universel une notion permanente et toujours protectrice, malgré les avancées technologiques ou techniques, des services.

L'enjeu est donc, d'une part, celui d'une Europe qui doit se vouloir plus sociale pour donner de l'ambition au service universel et, d'autre part, celui d'une meilleure intégration des États au sein de l'Europe, dans une logique peut-être plus fédérale, pour une nouvelle répartition des compétences, permettant aux SIG de s'exprimer pleinement et harmonieusement.

Bibliographie

Thèses

D. CHARBONNEL, Une relecture des lois du service public, Thèse soutenue le 5 décembre 2019 à Limoges

R. DE BEAUMONT, L'aménagement des monopoles d'État français visés par l'article 37 du Traité de Rome, thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 27 février 1968, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p7

C. BOYER-CAPELLE, Le Service public et la garantie des droits et des libertés, soutenue le 10 juillet 2009, Université de Limoges

L. CLUZEL-METAYER, Le service public et l'exigence de qualité, Dalloz

G. DEZAUBRY, La théorie des facilités essentielles

L. GAY, Les « droits-créances » constitutionnels, Bruylant, 2007,

C. ISODORO, L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire: et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni), Paris, France, L.G.D.J., 2006

S. MAIL-FOUILLEUL, Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence

F. MARBOUTY, Le statut constitutionnel des services publics, thèse présentée à Limoges le 7 décembre 1998

S. NICINSKI, L'usager du service public industriel et commercial, L'Harmattan, 2001,

D. ROMAN, Le droit public face à la pauvreté, LGDJ, 2002

A. SIFFERT, Libéralisme et service public, Droit, Université du Havre, 2015

J. SIRINELLI, Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne, LGDJ, 2011

S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, Bibliothèque de droit public, Tome 285, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd. 2015

Ouvrages généraux

J.F. AUBY, O. RAYMUNDIE, Le service public, Éditions du moniteur, 2003

P. BAUBY, L'europanisation des services publics, La bibliothèque du citoyen, Paris, Presses de Sciences Po, 2011

P. BAUBY, Service d'intérêt général : de quel cadre communautaire avons-nous besoin ?, Association internationale de techniciens, experts et chercheurs, 2005

P. BAUBY, H. COING et A. DE TOLEDO (dir.), Les services publics en Europe. Pour une régulation démocratique, Paris, Publisud, 2007

N. BELLOUBET-FRIER, Les services publics et l'Europe *in* Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne

X. BIOY, Rapport introductif sur le concept de dignité *in* La dignité saisie par les juges en Europe, dir. L. BUGORGUE-LARSE, Actes de la Journée d'études du 23 mai 2008 organisée par le Centre de Recherche sur l'Union Européenne de l'Ecole de droit de la Sorbonne, Bruylant, 2010, p.31

M. BOITEUX et C. HENRY, Les amis de l'Ecole de Paris, Services publics et concurrence à la française

C. BLUMANN et L. DUBOUIS, Droit institutionnel de l'Union Européenne, 6e éd, Paris, LexisNexis, 2016

C. BLUMANN, Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'Union Européenne *in* Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, p.47

S. BRACONNIER, Droit public de l'économie, 2^{ème} éd., PUF, 2017

D. CAPITANT, A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France *in* Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, P.U. Strasbourg, 2001

J. CARBONNIER, Flexible droit, LGDJ, 9e éd. 1998

A. CARTIER-BRESSON, Actes du colloque du Conseil d'Etat Les entreprises publiques « Des entreprises et participations publiques : « pour quoi faire ? » du 10 juin 2016

R. CAPITANT, La démocratie sociale *in* Écrits constitutionnels, 1952-1953, éditions du CNRS, 1982

J. CHEVALLIER, Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? *in* L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, Dalloz, 2015, p92

J. CHEVALLIER, Le service public, Que sais-je, 8^{éd.}, PUF, 1987

P. CHONE, L. FLOCHEL et A. PERROT, Obligations de service universel et concurrence dans les réseaux, Économie et prévision, La Documentation française, 2002/5 n°15

- J-L CLERGERIE, A. GRUBER, et P. RAMBAUD, L' Union européenne, 8. éd, Précis Dalloz Droit public, science politique, Paris, Dalloz 2010)
- J-P COLSON, P. IDOUX, Droit public économique, 9^{ème} édition, LGDJ
- G. CORNU, Dictionnaire juridique, PUF, 2009
- B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, 2015
- J. D. DELLEY, *Nouvelle gestion publique : le débat n'est pas clos*, 1997
- C. DEMAZIERE, Les services publics face aux mutations économiques et sociales : Trente ans de réorientation de l'action de l'Etat : l'impact sur les services publics, *in* Les services publics, Cahiers français, la Documentation française, n°339, juillet-août 2007
- B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015
- L.-M. DIEZ-PICAZO, L'article 7 D du traité d'Amsterdam et le service public en Allemagne, journée d'étude « Le service public dans le traité d'Amsterdam, 10 juillet 1998, Institut international de Paris-La Défense
- M. DONY, Les notions de « Service d'intérêt général » et « Service d'intérêt économique général » *in* Les services d'intérêt général et l'Union européenne, Jean-Victor Louis et Stéphane Rodrigues, p.3
- J. DE RUYT, L'Acte unique européen, Bruxelles U.L.B. 1987, p.149 s.
- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd, 1928, t. 2
- L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913
- B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, 2^{éd.}, 2004
- Europa, *Rapport général de synthèse, L'avenir des missions de service public en Europe ?*
- Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DEL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^{éd.}, 2008
- Y. GAUDEMET, Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès *in* Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau, *Les mutations contemporaines du droit public*, 2002, p.482
- C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, S, 2017
- J. GICQUEL, J-E GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30 éd, LGDJ, 2016
- L. GUIHERY, *Economie du fédéralisme : Quelle constitution pour l'Europe ?*, L'Harmattan, 2001
- G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, 3^{éd.}, Montchrestien, 2011

- G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI « Le service public à la française » : une notion en extinction *in* Les services publics, Cahiers français, la Documentation française, n°339, juillet-août 2007
- L. JANICOT, Le principe d'égalité devant le service public, RFDA 2013, p722
- H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962
- R. KIES et P. NANZ (dir.), Les nouvelles voix de l'Europe, Analyse des consultations citoyennes, Larcier, 2014
- G. KOENIG, L'Union européenne comme économie sociale de marché : ses fondements, son fonctionnement et ses performances *in* L'Europe économique et sociale ; singularités, doutes et perspectives, (dir.) M. DEVOLUY et G. KOENIG
- J.F. LACHAUME, Grands services publics, Masson, 1989
- J. F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. DEFFIGIER, Droit des services publics, 3 éd, LexisNexis, 2018
- F. LARAT, Histoire politique de l'intégration européenne, Paris, La Documentation française, 2003
- R. LEBOUTTE, Histoire économique et sociale de la construction européenne, Collection « Europe plurielle », n°39, Bruxelles, P.I.E. Lang, 2008.
- A. LE PORS, La citoyenneté, Que sais-je ?, PUF, 1999
- L. LESSIG, L'avenir des idées : le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques, Presses universitaires de Lyon, 2005
- D. LINOTTE, D. PIETTE et R. ROMI, Droit public économique, LexisNexis, 8éd., 2018
- M. LOMBARD, L'état schizo, Paris, Lattès, 2007
- M. LOMBARD, Service public et service universel ou la double inconstance, *in* Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Paris, Dalloz, p507.
- R. MEHDI, Intérêt général et droit de l'Union Européenne, Réflexions cursives sur une notion « indéfinissable », *in* L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet
- M. MIAILLE, Les mots-clés de la citoyenneté, Dalloz, 2019
- F. MODERNE et G. MARCOU (dir.), L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne
- F. MODERNE, Analyse comparative des notions de services publics dans les Etats membres », *in* Christian Stoffaës, ed. l'Europe à l'épreuve de l'intérêt général, Paris, ASPEurope Editions, 1994

- M. MONTI *in* La politique de concurrence en Europe et le citoyen, Préface, Commissaire chargé de la concurrence, Communautés européennes, 2000, p4
- J. MONKS, La nouvelle gestion publique : boîte à outils ou changement paradigmatique ? *in* La pensée comptable : État, néolibéralisme, nouvelle gestion publique, Genève: Graduate Institute Publications, 1998
- S. NICINSKI, Droit public des affaires, Domat, 6^{ème} éd.,
- H. PAULIAT, Rapport de synthèse *in* Entretiens universitaires réguliers pour l'administration en Europe, L'emploi public en Europe: une ambition pour demain, Limoges, Pulim, 2006.
- G. BEAUSSONNIE, H. PAULIAT, F. LEMAIRE et D. THARAUD Égalité de traitement dans le service public *in* D. THARAUD, C. BOYER-CAPELLE (dir.), Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination, L'Harmattan, 2021, p153
- I. PERNICE, L'article 7 D du traité d'Amsterdam et le service public en Allemagne, journée d'étude « Le service public dans le traité d'Amsterdam, 10 juillet 1998, Institut international de Paris-La Défense
- M. PIGENET et D. TARTAKOWSKY, Histoire des mouvements sociaux en France de 1814 à nos jours, 2012, La Découverte
- B. PLESSIX, Intérêt général et souveraineté *in* Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, p519, *op. cit.*
- M. PROKOPIAK, L'apport de l'Union européenne à la gestion de la crise sanitaire *in* La crise de la Covid-19, Comment maintenir l'action publique (dir. H. PAULIAT et S. NADAUD)
- F. RACHLINE, Services publics, économie de marché, La bibliothèque du citoyen, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996
- J.M RAINAUD, La crise du service public français, 1. éd, Que sais-je 3482, Paris, Presses Univ. de France, 1999
- L. REBOUD (dir.) L'achèvement du marché européen, significations et exigences, Paris Economica 1987
- M. REFAIT, Le secteur public en France, PUF, 1997
- R. B. REICH, The Work of Nations, Preparing ourselves for 21st Century Capitalism, New York, Vintage Books, 1992, p35
- J. RIVERO, Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XIV, 1961-1962, p352
- J. RIVERO, Libertés publiques, t.1, PUF, 1991
- S. RODRIGUES *in* C. BOUTAYEB, Y. DAMOUN, et A. GUILLEMET, Les grands arrêts du droit de l'Union européenne: droit institutionnel et matériel de l'Union européenne, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2015

- J. ROUX, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2016
- F. SAINT-MARTIN, *Le système institutionnel de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso éditions, 2016
- M. SCHWARTZ *in* Actes du colloque du Conseil d'Etat Les entreprises publiques « Des entreprises et participations publiques : « pour quoi faire ? » du 10 juin 2016, *op. cit.*
- C. SINNASSAMY, *Le management public : organisation, gestion et évaluation des politiques publiques*, Paris, Berger-Levrault, 2014
- F. SOUTY, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 2013
- B. STIRN, *Le service public dans la jurisprudence du Conseil d'État français, à l'occasion du colloque d'Athènes "Service(s) public(s) en Méditerranée" les 19 et 20 octobre 2017*
- S. TROSA, *La réforme de l'État: un nouveau management? ; valeurs et enjeux*, Transversale débats, Paris, Ellipses, 2008
- P. URIO, *La gestion publique au service du marché*, *in* *La pensée comptable : État, néolibéralisme, nouvelle gestion publique*, Genève, Graduate Institute Publications, 1998
- J. VIGUIER, *Intérêt général et intérêt national in L'intérêt général*, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet
- L. VOGEL, *Intérêt général et concurrence : la guerre ou la paix ? in Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*
- T. WU, *The master switch: the rise and fall of information empires*, Atlantic, 2012

Articles

- D. AGACINSKI, *Défendre les droits sociaux, consolider la citoyenneté sociale*, *Regards*, 2020/2, 58,
- N. ALIPRANTIS, *Les droits sociaux sont justiciables !*, *Revue droit social*, 2006, p.158
- D. ALLEN *Le débat d'idées avant et après le démantèlement d'AT&T. Une chronique*, *Réseaux* 10, n° 56 1992.
- P. BAUBY, *L'eupéanisation du service public postal*, *Regards croisés sur l'économie* 2007/2 (n° 2), p148 à 156.
- M. BAZEX et S. BLAZY, *Service bancaire de base, service universel et service public*, *Droit administratif* n°6, juin 2005, comm. 93

- N. BELLOUBET-FRIER, Le principe d'égalité, AJDA 1998 p.152.
- M. BLANQUET, Compétence et ambivalence de l'Union européenne en matière de santé publique, Revue de l'Union européenne, 2019, p.12.
- J-S. BODA et A. BELAL-CORDEBAR, Continuité du service public de la distribution d'eau - De la continuité du service public de la distribution d'eau au regard de la distribution et de la fourniture d'énergie, Droit administratif n°5, mai 2016, comm. 33
- C. BOITEAU et P. GEOFFRON, Les tarifs réglementés de vente de l'électricité : enjeux et limites, RFDA 2018, p686
- F. BOTTINI, L'impact du New Public Management sur la réforme territoriale, RFDA, 2015, 717.
- J-F. BOUDET, Droit au compte, droit au crédit : service de base ou service universel ? , RDSS 2017, p14
- S. BRACONNIER, Les différentes formes de coopération entre un EPCI à fiscalité propre et ses communes membres, Contrats et Marchés publics, Mars 2015, 3.
- S. BRONDEL, La Commission ouvre une enquête sur les tarifs réglementés de l'électricité, Dalloz actualité 25 juin 2007
- J. CAILLOSSE, La révision générale des politiques publiques et la question de l' « usager », RFDA 2013, p.499.
- P. CASSIA, Service public et droit communautaire, LPA, 2002, n°133, p.4.
- J. CATTAN, La question de la séparation des entreprises de réseaux verticalement intégrées : un facteur de divergence au cœur de la régulation sectorielle, Revue juridique de l'économie publique, n°692, décembre 2011, p14.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, Service d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriales, AJDA 1999, p.959
- J-Y CHEROT, L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau, AJDA 1996, p.171.
- J. CHEVALLIER, Ecole nationale d'administration, RFAP, 2004/3 n°111, p473 à 483
- E. CLAUDEL, Théorie des facilités essentielles : lorsque le droit de la concurrence veille à la facilité commune, la liberté contractuelle... compte pour des prunes, RTD Com. 2002, Dalloz, p296
- J-L CLERGERIE, Manque à ses obligations l'Etat membre qui ne communique pas les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour la transposition de la directive CEE 85-374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ou n'adopte pas les mesures nécessaires pour s'y conformer, Recueil Dalloz 1993 p.566

- M. DEBENE et O. RAYMUNDIE, Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ?, *AJDA*, 1996, p183.
- S. DE LA ROSA, « Les prix réglementés et les marchés de l'énergie : disparition, sursis ou adaptation ? », *RFDA* 2017 p1099
- A. DELION, De l'Etat tuteur à l'Etat actionnaire, *RFAP* 2007
- A. DELION et M. DURUPTY, Chronique du secteur public économique, *RFAP* 2018/1, 165, p187 et s
- H. DELZANGLES, L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation, *Revue juridique de l'économie publique* n° 692, Décembre 2011, 2
- L-M. DIEZ PICAZO, La constitutionnalisation de l'Europe, réflexions sur les droits fondamentaux et les services publics *in* Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne, dir. A. LYON-CAEN et V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Dalloz*, 2001
- L. DUBOUIS, Le service public et la construction communautaire, *RFDA* p291.
- M-C. DE MONTECLER, Duguit, réveille-toi, ils sont devenus fous... *AJDA* 2018, p. 873
- M-C DE MONTECLER, La dématérialisation des services publics doit préserver les droits des usagers, 18 janvier 2019, *Dalloz actualité*
- X. DE ROUX et M-F SCHMIDT, L'acte unique européen, *Actualités communautaires Numéro spécial* 1989 Paris, *Juridictionnaires Joly*, 1989.
- T. DESTAILLEUR, Tarification ferroviaire : principe ou exception d'égalité ?, *Energie – Environnement – Infrastructures*, n°3, mars 2015, com. 28
- C. DE VISSCHER et F. VARONE, La nouvelle gestion publique “en action”, *Revue internationale de politique comparée* 11, n° 2004/2
- O. DIDRICHE, Répertoire de service public, *Service universel*, déc. 2020, *Dalloz*.
- S. DION-LOYE, Le droit à l'habitat du pauvre, *LPA* 22 avril 1996, n°PA199604905, p.11
- V. DONIER, Les droits de l'utilisateur et ceux du citoyen, *RFDA* 2008
- J.D DREYFUS, Présence des services publics dans les territoires ruraux : l'émergence d'une « loi » de proximité, *AJDA* 2005, p1274
- O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale, *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°45, p.7
- P. ESPLUGAS, Le service universel, *Droit administratif* n°12, décembre 2012, chron. 21

M. FABRE-MAGNAN, La dignité en droit : un axiome, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007/1

D. FLACHER, « Ouverture à la concurrence et service universel : avancées ou reculs du service public ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/2 (n° 2), p. 76-85

B. FRANCK, N. LE PAPE, S. KADOHOGNON OUATTARA, Ouverture à la concurrence et obligations de service universel, *Revue d'économie industrielle*, 147, 3^{ème} trimestre 2014, p87 et s.

G. FRANCOIS, L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposé par la théorie des facilités essentielles - . – Cass. com, 12 juillet 2005 *in La Semaine juridique Entreprise et Affaires* n°47, 24 novembre 2005, 1700

M-A FRISON-ROCHE, Obligation de contracter : facilités essentielles, *Lextenso, Revue des contrats*, n°2, avril 2006, p357

M.A. FRISON-ROCHE, L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence, *LPA* 17 mai 1995

M.A FRISON-ROCHE, Autorités administratives incomprises (AAI), *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 49, 6 Décembre 2010, act. 896

M-A FRISON-ROCHE, Ambition et efficacité de la régulation économique, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 6, Novembre 2010, étude 34

V. GABORIAU, La mutualisation dans les services publics, nouvel enjeu de coopération, *RDSS* 2012, p45

J. GADREY, « Service universel, service d'intérêt général, service public : un éclairage à partir du cas des télécommunications et du secteur postal *in Politiques et management public*, vol.15, n°2, 1997, pp.43-72

M-D GARABIOL-FURET, La directive Bolkestein, bouc émissaire d'une Europe incertaine, *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2005, p295.

B. GIBLIN. « Le non au référendum : conséquences géopolitiques », *Hérodote*, vol. no 118, no. 3, 2005, pp. 12-26.

M. GUENAIRE, Le service public au cœur du modèle du développement français, *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°20, 16 mai 2005, 1209

G. J. GUGLIELMI, Un service public universel ? 29 octobre 2006

G. J. GUGLIEMI, La définition européenne du service d'intérêt économique général : serpent de mer ou nécessité ?, *Energie – Environnement – Infrastructures* n°10, Octobre 2016, dossier 24

C. GUIBET-LAFAYE, A. KIEFER, Interprétations de la cohésion sociale et perceptions du rôle des institutions de l'Etat social, L'année sociologique 2012/1, 62, p.195 et s.

J. HENRY et M. CHAUVIERE, Quel statut pour les services sociaux dans l'Union européenne, RDSS 2011, p.1043

C. IANNELLO, L' « idée » de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie, AJDA 2012, p2150

L. JANICOT, Le principe d'égalité devant le service public, RFDA 2013

G. JEZE, Appréciation de l'opportunité d'agir, RDP 1943, p.1

Juristourisme, Tourisme et Droit 2005, n°65, p29, concernant les maisons de services au public

La dégradation des finances et ses remèdes, Conférence à l'Institut d'Études Politiques de Lille, RFDA 2010, p193

C. KALOUDAS, La conception française du droit du service public et du droit de l'Union Européenne, Revue du droit de l'Union Européenne 2013, p156

M. KARPENSCHIF, Les EPIC dans tous leurs états, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°31-35, 27 juillet 2009, 2197

K. KECSMAR, Quel avenir pour le secteur des communications électroniques dans l'Union européenne ?, RMCUE, 2007, p197.

R. KOVAR, Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée, RTD Eur. 1996 p.493

J.F. LACHAUME, Le contentieux de la suppression des services publics, RFDA 2005, p.364

E. LAURENT, L'intérêt général dans l'Union européenne. Du fédéralisme doctrinal aux biens publics européens ?, Regards croisés sur l'économie, vol. 2, no. 2, 2007

B. LEMOINE, Résister aux mesures européennes. Les États à l'épreuve de la surveillance statistique des finances publiques, Quaderni [En ligne], 80 | Hiver 2012-2013

F. LERIQUE, Un droit social qui ne *coule* pas de source : le droit à l'eau, RDSS, 2015, p.1097

D. LOCHAK, Quelle universalité pour quelle égalité ? *in* Le droit et les paradoxes de l'universalité, PUF, 2010, p.59

M. LOMBARD, Les conséquences juridiques de l'Etat propriétaire à l'Etat actionnaire, Les contraintes du droit de la concurrence, RFAP 2007/4, 124, p573 et s.

M. LONG, Tarification, accessibilité, les enjeux sociaux des services d'intérêt économique général, Energie – Environnement – Infrastructures n°10, Octobre 2016, dossier 27

M. LONG, Service public, services publics : déclin ou renouveau, RFDA 1995, p497

F. LUCHAIRE, Un Janus constitutionnel : l'égalité, RDP 1986, p. 1229-1274

Y. MADIOT, Service public et aménagement du territoire, AJDA, 1997, p83

B. MATHIEU, Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science, A propos de la décision n°94-343-344 DC du 17 juillet 1994, RFDA 1994, p.1019.

J.P. MARKUS, Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers, RFDA 2001, p.598

F. MICHEA, La recomposition des services d'intérêt général à la faveur du Traité de Lisbonne, regards croisés avec le droit français des services publics, StradaLex.

M. MUELLER, Le service universel dans l'histoire du téléphone, une reconstruction *in*, Réseaux, volume 12, n°66, 1994.

S. NICINSKI, Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles, La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales, n°44-45, 29 octobre 2007, 2287.

PAUL L. NIHOUL, Les relations entre libéralisation et protection des consommateurs. Une analyse fondée sur l'étude du cadre réglementaire relatif aux communications électroniques dans la Communauté européenne, Revue européenne de droit de la consommation 2-3/2009, p439 et s

J-M PASTOR, Pour la Commission européenne, une directive-cadre sur les services d'intérêt général n'est pas nécessaire, AJDA 2017, p.2173

H. PAULIAT, Coupures d'eau : une interdiction constitutionnelle spécifique ?, La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°25, 22 juin 2015, act. 531

H. PAULIAT, Le cas des services postaux, Énergie - Environnement - Infrastructures n° 10, Octobre 2016, dossier 29

H. PAULIAT, L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? Recueil Dalloz 1995, p.283

L. PEYEN, Obligations des communes en matière de raccordement au réseau d'eau potable : dire, c'est faire !, AJDA 2021, p.981

B. PLESSIX, L'EPIC de nouveau en danger, Droit administratif n°11, novembre 2018, repère 10

J.M. PONTIER, Sur la conception française du service public, Rec. Dalloz, 1996 p.9

O. RENAUDIE, Que reste-t-il du pouvoir de police générale du gouvernement en matière économique ?, LPA 22 janv. 2009

S. RODRIGUES, Comment intégrer les services publics dans le droit positif communautaire, RFDA 1995, p.335

- S. RODRIGUES, Les SIEG de Rome à Lisbonne : de l'indifférence à la reconnaissance ?, Revue de l'Union Européenne, n°618, mai 2018, Dalloz, p283 et s.
- S. RODRIGUES, Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité : le mandat de Barcelone, Revue du marché commun et de l'Union Européenne, 2002, p.291
- A. SEE, Le réseau, modèle de régulation ?, Energie – Environnement – Infrastructures n°10, Octobre 2016, dossier 25
- C. STOFFAES, « Reprendre l'initiative et forger des alliances in P. BAUBY et J-C BOUAL (dir.), Les services publics au défi de l'Europe, Les éditions ouvrières, 1993, p95
- P. STROBEL, Services publics et cohésion sociale *in* Recherches et Prévisions, n°42, décembre 1995. Quels services pour quels publics ? La délicate mutation des CAF. pp. 7-17
- V. TCHEN, Les ambiguïtés de la dématérialisation en droit des étrangers, Ecole nationale d'administration, « Revue française d'administration publique », 2013/2 N° 146, 393 et s.
- F.TESSON, Monopoles historiques et libéralisation : que reste-t-il du service public ? Energie – Environnement – Infrastructures n°10, Octobre 2016, dossier 26
- P. TERNEYRE, Concessions autoroutières, pourquoi tant de haine ?, AJDA 2021, p436
- M. TOUZEIL-DIVINA, Légalité de la rupture d'égalité ferroviaire ?, JCP Administrations et collectivités territoriales, n°42, 20 octobre 2014, act. 803
- D. TRIANTAFYLLOU, L'encadrement communautaire du financement du service public, RTD Eur., p21
- D. TRUCHET, Renoncer à l'expression « service public », AJDA 2008, p553
- D. TRUCHET, Unité et diversité des « grands principes » du service public, AJDA 1997 p.38
- J-C VIDELIN, Droit public économique, Chronique J-C VIDELIN (dir.), La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 18-19, 6 Mai 2019, 2127
- J.B. VILA et Y. WELS, convoquons les états généraux du Droit pour les concessions d'autoroutes !, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 48, 30 Novembre 2020, p.2312
- M. VOISSET, Le service public autrement ; De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux, RFDA 1995, p304
- F. ZITOUNI, Le Conseil constitutionnel et le logement des plus démunis, LPA 12 janvier 1996, n°PA1996600603, p.14.

Rapports et communications

Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, Rapport aux chefs de délégation aux Ministres des Affaires Étrangères, dit rapport Spaak, présenté le 6 mai 1956

J. CHEVALLIER, Rapport sur l'avenir de la Poste, Paris, La Documentation Française, 1984

Rapport du Comité ad hoc pour les questions institutionnelles adressé au Conseil européen de Bruxelles, 29 et 30 mars 1985

COM(85) 310, Livre blanc de la Commission Européenne sur l'achèvement du marché intérieur du 14 juin 1985

Conseil d'Etat, Rapport public pour 1994

Conseil d'État, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », EDCE, n°46, La Documentation française, 1994

F.BOROTRA, Rapport d'information sur le service public dans le cadre de l'Union européenne, Assemblée nationale, Paris, Assemblée nationale 1995

E. COHEN, Les rapports du Conseil d'analyse économique, Service public – secteur public ; Secteur public : portée et limites des pratiques de l'État actionnaire, La Documentation française, décembre 1997

Conseil d'État, Réflexions sur l'intérêt général, Rapport public 1999, 30 novembre 1998
COM(2003) 270 final, Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003

P. DOUSTE-BLAZY, Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision, N° 1004, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juillet 2003

Commission européenne, communiqué de presse, IP/03/1737, 16 décembre 2003

Les services d'intérêt général après le traité de Lisbonne, Rapport d'information de Mme Catherine TASCA, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, n° 376 (2007-2008) - 4 juin 2008

Rapport n° 169 (2009-2010) de M. Jean-Patrick COURTOIS, fait au nom de la commission des lois, déposé le 16 décembre 2009

Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la mutualisation des moyens des collectivités territoriales (rapport de MM. Yves Détraigne et Jacques Mézard du 25 mai 2010)

Rapport n°3245 fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur la proposition de loi, pour l'instauration d'un bouclier rural au service des territoires d'avenir, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 mars 2011

L'avenir des campagnes, Rapport d'information de Mme Renée NICOUX et M. Gérard BAILLY, fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective, n° 271 (2012-2013) - 22 janvier 2013

P. DELMAS-GUYON, Présentation générale du rapport « Le juge au 21^{ème} siècle », La Gazette du Palais, 11 mars 2014, n°70

Le service universel des communications électroniques au regard des nouveaux usages technologiques : enjeux et perspectives d'évolution, Rapport du 17 octobre 2014 à Madame la Secrétaire d'État au Numérique établi par Pierre Camani, Sénateur du Lot-et-Garonne et Fabrice Verdier, Député du Gard

Rapport de la Cour des comptes du 29 juin 2017

P. GRUNY et L. HARIBEY, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur la convergence sociale dans l'Union européenne, Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 avril 2018

Rapport du Défenseur des Droits, Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics, 14 janvier 2019

Rapport annuel de la Cour des comptes du 6 février 2019

Rapport de la Cour des comptes, L'accès aux services publics dans les territoires ruraux, mars 2019

Défenseur des Droits, Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics, Dossier de presse, 2019

J. GENEST, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances n° 334 (2019-2020) - 19 février 2020 - Agir pour nos concitoyens : redonner de la proximité et de l'efficacité à l'action publique dans les territoires

Relocalisation des services des finances publiques dans les territoires, Ministère de l'économie des finances et de la relance, Dossier de presse du 30 septembre 2020

Dossier de presse, France services, PROCHE DE VOUS, PROCHE DE CHEZ VOUS, 15 avril 2021

CNCDH, Avis A-2021-7, Avis « Pour un enseignement supérieur respectueux des droits fondamentaux : se doter des moyens de cette ambition, 21 mai 2021

Index

Absence de droit acquis au maintien du service public : 172, 173, 288 et s, 310, 339

Acte unique européen : 36 et s, 45, 47 et s, 74 et s, 82, 88 et s, 111, 122, 125, 142, 188, 200, 207, 208, 233, 234, 245, 257, 337

Adaptabilité : 31, 265, 283 et s, 311, 335, 338

Aides d'État/publique : 36, 45, 51 et s, 65, 77, 121, 126, 128, 134, 136 et s, 143, 199, 202, 226 et s, 253, 258

AT&T : 15, 16, 19 et s, 211, 234

Autorités administratives indépendantes : 59, 124, 232, 238, 242, 243, 248, 257, 259 et s, 264

Aéroports de Paris : 196, 212, 224, 229

Bouclier rural : 174 et s, 181, 184, 185, 338, 355

Charte des droits fondamentaux : 71, 105, 330

Chèque énergie : 252, 256, 294, 319, 338

Citoyenneté : 25, 26, 67, 102, 328, 332 et s

Cliquet anti-retour : 308

Cohésion territoriale : 169, 173, 176, 180, 181, 184, 227

Continuité spatiale : 93, 99, 114, 169 et s, 176 et s, 183, 185, 199, 338

Dignité : 302, 307, 312 et s, 325, 326 et s, 334, 335

Directive-cadre : 68, 72 et s

Droits fondamentaux : 265, 302, 305, 310, 315, 319 et s, 324 et s.

Droits sociaux : 302, 304, 311, 312, 316, 317, 319, 323 et s, 330, 334 et s.

Droits-créances : 91, 263, 265, 302 et s, 311 et s, 319, 334, 335

Duguit : 133, 218, 257, 263, 306, 334

Déclaration universelle des droits de l'Homme : 326

Dématérialisation : 178 et s, 185, 297 et s.

Dépense publique : 54, 56, 63 et s, 68, 91, 92, 181, 182, 184, 200, 201, 203, 206, 208, 229, 286, 292, 337

Désertification : 148, 154, 170, 175, 185, 338

Déserts médicaux : 174

Eau potable : 32, 306, 316, 317

Économie de marché : 15, 56, 89, 98, 119, 125, 150, 197, 208, 212, 217, 218, 227 et s, 231

EDF : 38, 112, 118, 128, 132, 192, 205, 211, 215 et s, 240, 294

Éducation : 172, 175, 184, 303, 320, 322, 325 et s, 331

Effet direct : 41, 48, 80, 82, 83, 84, 157

Égalité formelle : 25, 33, 274 et s, 282, 301, 338

Égalité réelle : 33, 273, 275 et s, 278, 281 et s, 338

Électricité : 26, 34, 60, 87, 94, 100, 109, 116, 118, 119, 120, 121, 123, 128, 132, 188, 205, 218, 220 et s, 225, 240, 243, 252, 256, 287, 294, 318, 337

Entreprise publique : 43, 112, 195, 199, 202, 214

EPIC : 188, 210, 214 et s, 229

État régulateur : 59, 124, 258, 261 et s, 280

Exclusion (des usagers) : 115, 132, 143, 147, 149, 150, 151, 268, 303, 312, 314, 315, 318, 326, 337

Facilités essentielles : 15, 230, 231, 234, 238 et s, 264, 282

Fonction publique : 51, 68, 104, 205

Fonds de compensation : 109, 254, 256

Fédéralisme : 130, 132, 133

Gratuité : 267, 273, 282

Haut-débit : 26, 27, 32, 149, 151, 293, 297, 298, 306

Intercommunalité : 59, 182

Interventionnisme : 38, 51, 144, 162, 166, 190, 193, 222, 224, 228, 257, 259, 261, 262 et s, 273

La Française des Jeux : 188, 213, 229

La Poste : 91, 118, 122, 185, 216, 228, 241, 247, 248, 250, 256, 270, 306, 338

Libre circulation : 39 et s, 48, 49, 53, 54, 76

Libéralisme : 55, 184

Logement décent : 306, 307, 314, 317, 318, 319

Lois de Rolland : 30, 33, 61, 99, 102, 154, 160, 161, 185, 187, 232, 258, 265, 280, 285, 301, 335, 336, 338

Maisons France Services : 92, 179, 180, 295 et s

Marché commun : 35 et s, 45, 48 et s, 51, 69, 70 112, 130

Marché unique : 13, 24, 34 et s, 45 et s, 68 et s, 105, 107, 108, 110 et s, 122, 125, 127, 130, 131, 133, 152, 188, 212, 230, 246, 253, 257, 260, 337

Mutualisation : 59, 174, 182 et s, 296

Nationalisation : 126, 190 et s, 196, 198, 222

New Public Management : 55 et s, 59 et s, 79, 160, 337

Obligation de service universel : 89, 90, 106, 141, 149, 150, 225, 247, 254, 256

Obligations de service public : 65, 112, 189

Ouverture à la concurrence : 13, 21, 50, 91, 93, 116, 117, 122 et s, 132, 164, 218, 225, 230, 238, 337

Pay or play : 91, 254

Principe d'adaptabilité : 33, 265, 285 et s, 290 et s, 294, 295, 302, 311, 338

Principe d'égalité : 102, 160, 175, 180, 181, 265, 266 et s, 277, 279 et s, 301, 318

Principe de subsidiarité : 54, 72, 76, 80, 81, 85, 87, 96, 105 et s, 109, 110, 113, 134, 158, 161, 163, 186, 310, 321, 322, 327, 337

Privatisation : 60, 65, 67, 132, 188, 195, 196, 213, 214, 224, 225, 308

Prix abordable : 13, 23, 25, 26, 54, 101, 136, 176, 221, 223, 282, 317, 318, 331

Pérennité du service universel : 114, 138, 147, 152, 185, 296

Péréquation : 14, 19, 41, 77, 91, 93, 94, 100, 107, 115, 202, 222, 227, 270

Qualité (du service) : 13, 26, 31, 86, 95, 99, 101, 106, 114, 120, 129, 136, 140, 147, 148, 160, 163, 165, 168, 179, 180, 185, 203, 205, 224 et s, 230, 231, 242, 246, 254,

265, 292, 295 et s, 301, 303, 305, 315, 320, 323, 324, 326, 328, 331

Rapport Spaak : 37, 38, 335

Rentabilité : 29, 55, 56, 60, 106, 115, 132, 206, 226, 247, 285, 287

Ruralité : 16, 17, 92, 132, 148, 169 et s, 173 et s, 179, 181, 184, 185, 247, 285, 295, 297, 338

Santé : 170, 172, 174, 184, 262, 304, 306, 316, 320, 322 et s, 331, 338

Service d'intérêt économique général : 27 et s, 34, 43, 44, 73, 76, 78, 89, 102, 108, 109, 111, 116, 117, 118, 120, 124, 132, 133, 148, 152, 157, 159, 164, 165, 176, 177, 185, 187, 231 et s, 244, 246, 253, 255, 261, 274, 278, 279, 282, 304, 319, 320

Service non-économique d'intérêt général : 28, 33, 111, 115 et s, 134, 154, 183 et s, 319, 320, 324, 337, 338,

Service public "à la française" : 41, 42, 45, 115, 154, 223

Service public administratif : 28, 176, 177, 184, 288, 296

Service public industriel et commercial : 27, 55, 115, 278

Service universel postal : 26, 77, 92, 94, 228

Solidarité : 13, 24, 71, 133, 135, 161, 172, 178, 198, 252, 270, 273, 277, 291, 295, 317, 324, 328 et s.

Subventions : 20, 21, 63, 119, 189, 246, 253

Supra-législatif : 291, 292, 302, 303, 307, 309, 331, 339

Séparation horizontale : 242

Séparation verticale : 242, 244, 258, 259

Tarifs réglementés : 109, 128, 188, 211, 218 et s, 222, 225, 228, 229

Traité d'Amsterdam : 65, 108, 113, 131, 162, 163

Traité de Lisbonne : 73, 109, 232, 302, 327, 330

Transparence : 21, 24, 31, 33, 86, 119, 187, 200, 202, 203, 227, 229, 230, 232, 238, 241, 243, 245, 248, 249, 252, 253, 258, 264, 292, 335, 338

Télécommunications : 13 et s, 21 et s, 26 et s, 34, 49, 50, 53, 60, 65, 87, 91, 116, 122, 123, 140, 142, 145, 148, 150, 152, 172, 191, 201, 205, 207, 211, 249, 252, 256, 259, 292, 293, 294, 306, 337

Unanimité : 46 et s.

Usager vulnérable : 13, 21, 45, 100, 152, 229, 266, 274, 276, 282, 285, 294, 312, 337

Table des matières

Remerciements	5
Liste des principales abréviations	7
Introduction	13
<i>Section I : La naissance américaine du service universel</i>	13
A La justification première, garante d'un monopole réglementé	14
1. <i>Le service dual et les apports de la course aux raccordements</i>	15
2. <i>Les défauts du service dual et le choix logique du monopole</i>	17
B La justification seconde, garante d'une modulation des prix.....	19
1. <i>La justification de péréquations financières par le « monopole bienveillant »</i>	19
2. <i>La remise en cause judiciaire du service universel</i>	21
<i>Section II : La naissance européenne du service universel</i>	23
<i>Section III : Intérêt de l'étude</i>	32
Partie I : La nécessaire reconfiguration du service universel	34
Titre I : Le postulat d'une exploitation superficielle du service universel	34
Chapitre I : Une notion vouée à une simple adaptabilité au marché.....	34
<i>Section I : Le service universel amenuisé par le marché unique</i>	35
1§ Les traités fondateurs, prémices d'une libéralisation annoncée	36
A. L'impulsion pour un espace économique commun	36
B. La mise en place du marché commun par le Traité	39
2§ L'Acte unique européen, élément déclencheur d'une remise en cause des services publics.....	45
A. La volonté d'achèvement du marché intérieur	45
B. Le processus d'achèvement du marché intérieur	46
<i>Section II : Le service universel retenu par une politique économico-centrée</i>	54
1§. Le contexte juridico-économique à l'origine d'une faiblesse de la notion.....	54
A. Une notion freinée par l'avènement du New Public Management.....	55
1. <i>L'ère de la rationalisation symbolisée par le New Public Management</i>	55
2. <i>L'improbable compatibilité entre service public et NPM</i>	60
B Un obstacle dressé avec une politique d'austérité.....	63
1. <i>L'encadrement communautaire des finances publiques</i>	64
2. <i>La remise en cause du service universel face aux politiques d'austérité</i>	67
2§ Une demande d'évolution de la politique européenne vers de nouveaux intérêts	68

A.	La pression doctrinale vers une directive cadre.....	68
1.	<i>L'intérêt européen déséquilibré entre libre concurrence et service public ...</i>	68
2.	<i>Les réflexions autour d'un fil conducteur européen</i>	71
B.	La prise en compte d'une évolution par la précision jurisprudentielle de l'article 106 TFUE	74
1.	<i>L'intransigeance jurisprudentielle primaire et la protection primordiale d'une concurrence effective</i>	74
2.	<i>L'inflexion jurisprudentielle seconde et la prise en compte de l'intérêt général dans le raisonnement</i>	77
Chapitre II :	La sous-exploitation du service universel	80
Section I :	<i>La souplesse dans l'utilisation du service universel.....</i>	80
1§	L'impulsion verticale européenne	80
A.	Le choix de l'instrument de la directive	80
1.	<i>La directive comme instrument adéquat à l'harmonisation européenne des services publics</i>	81
2.	<i>La directive comme traduction d'une volonté relative des institutions européennes.....</i>	85
B.	Le choix discrétionnaire des secteurs soumis.....	87
1.	<i>La sectorialisation du service universel.....</i>	87
2.	<i>La subjectivité du choix des secteurs disposant d'obligations de service universel</i>	88
2§	La marge des États dans la transposition.....	90
A.	La variabilité des niveaux d'exigence du service universel et l'attitude des États membres	90
B.	Luxe ou minimum, boycott et sanctions.....	94
Section II :	<i>La faiblesse de l'utilisation du service universel</i>	96
1§	Une notion pragmatique mais sommaire	97
A	Un ensemble d'éléments protecteurs complet.....	97
1.	<i>La garantie spécifique européenne de la protection de l'intérêt général... ..</i>	97
2.	<i>Les composantes protégées par le service universel</i>	99
B	Une absence de vocation à structurer le service public.....	101
1.	<i>L'idéologie structurante du service public français</i>	101
2.	<i>Le pragmatisme de la notion de service universel.....</i>	102
2§	Une notion confrontée à la diversité des États membres.....	103
A	La présence de frontières juridico-culturelles	103
1.	<i>Les problématiques de la diversité juridique des États-membres.....</i>	103

2.	<i>Les problématiques de l'hétérogénéité extra-juridique des États-membres</i>	
	106	
B	L'uniformité et l'uniformisation relative des services d'intérêt général en Europe	108
1.	<i>Le rapprochement des services d'intérêt général</i>	108
2.	<i>L'uniformisation des modèles de services d'intérêt général en Europe</i> ...	110
Titre II : L'idéal d'une exploitation complète du service universel		114
Chapitre I : L'évolution du service universel, condition de son développement.....		114
<i>Section I : L'évolution ratione materiae de la notion</i>		114
1§	L'uniformisation impossible du fait de réalités structurelles	115
A.	La problématique théorique singulière des industries de réseaux	116
1.	<i>La cible unique des obligations de service universel</i>	116
2.	<i>La résistance des anciens monopoles nationaux</i>	118
B.	L'hétérogénéité pratique des secteurs des industries de réseaux.....	119
1.	<i>Diversité des services et de leur physionomie</i>	119
2.	<i>Inflation juridique et institutionnelle</i>	122
2§	La diversification possible du fait de la souplesse de la notion.....	125
A	La visée simple du marché unique restreignant la notion	125
1.	<i>La tonicité européenne pour une économie concurrentielle</i>	125
2.	<i>Une considération accessoire du service universel</i>	127
B.	La visée globale d'un nouveau système juridique de service public élargissant la portée de la notion	131
1.	<i>La nécessité d'équilibrer concurrence et intérêt général</i>	131
2.	<i>L'extension du service universel équilibrant concurrence et intérêt général</i>	134
<i>Section II : L'évolution ratione temporis de la notion</i>		137
1§	La pérennité de la notion	137
A	L'orientation vers une notion éphémère accompagnant la libéralisation.....	137
1.	<i>Le mutisme des premières communications</i>	137
2.	<i>L'allusion à une notion éphémère</i>	139
B.	La persistance de la notion	142
1.	<i>L'actuelle zone grise du service universel</i>	142
2.	<i>La nécessaire conciliation entre stabilité et mutabilité</i>	142
2§	La dynamisme de la notion.....	145
A.	Le caractère dynamique attendu de la notion	145

1.	<i>Le caractère dynamique inclus dans les dispositions du service universel</i>	
	145	
2.	<i>Les attendus d'une notion dynamique</i>	146
B.	La revalorisation périodique du service universel	148
1.	<i>La source juridique du réexamen du contenu du service universel</i>	148
2.	<i>La mise en œuvre du réexamen du contenu du service universel</i>	149
Chapitre II : Les effets bénéfiques du service universel, conséquence d'un éventuel épanouissement		
		154
<i>Section I : Une conciliation nécessaire entre les bornes internes et européennes de l'intérêt général</i>		
		154
1§	La mise en exergue de contradictions.....	155
A	L'immixtion européenne dans la définition de l'intérêt général	155
1.	<i>La souveraineté à la source de l'intérêt général</i>	155
2.	<i>Un droit européen intercalé dans le système</i>	157
B	Des divergences conceptuelles concernant l'intérêt général	159
1.	<i>Les divergences en amont : la théorie</i>	159
2.	<i>Les divergences en aval : le récipiendaire du service</i>	160
2§	La place du service universel dans la perspective de compromis	161
A.	Le service universel au point de rencontre des conceptions de l'intérêt général	162
1.	<i>Les amorces européenne et française de conciliation</i>	162
2.	<i>Le service universel : centre névralgique de l'équilibre</i>	164
B	Une légitimité institutionnelle nécessaire.....	166
1.	<i>Légitimité horizontale et fédéralisation</i>	166
2.	<i>Légitimité verticale et participation citoyenne</i>	167
<i>Section II : L'équilibre entre ambition et pertinence</i>		
		169
1§	L'ambition d'un cadre juridique de la continuité spatiale	169
A	Les demandes de garantie de continuité spatiale	170
1.	<i>Le constat d'une désertification des services publics</i>	170
2.	<i>Une réponse juridique fragile à la demande de continuité spatiale</i>	171
B	Les propositions de garantie du principe de continuité spatiale.....	173
1.	<i>Les réflexions et propositions des parlementaires de garantie de la continuité spatiale</i>	173
2.	<i>La proposition de garantie de continuité spatiale par le service universel</i>	176
2§	La pertinence du cadre juridique de la continuité spatiale	177
A	Des structures à échelle pertinente	177

1.	<i>La recherche permanente d'une structure pertinente</i>	177
2.	<i>La place du service universel dans la cohésion territoriale</i>	180
B	Des finances à échelle pertinente	181
1.	<i>Rationaliser la dépense du service public</i>	181
2.	<i>Définir la dépense d'un service universel couvrant les SNEIG</i>	183
Partie II :	Le service universel au cœur d'un nouveau système hybride	187
Titre I :	Complémentarité du service universel et du système de financement et de régulation	187
Chapitre I :	L'obligation d'un marché ouvert à la concurrence	188
Section I :	<i>Le système traditionnel français, faussement rassurant</i>	189
1§	Une stratégie d'accessibilité classique pour l'utilisateur	189
A	Le poids trop important du secteur public en France	189
1.	<i>D'un secteur public identifiable à un secteur public identifiant</i>	189
2.	<i>D'une définition française perméable à ses mutations contemporaines ..</i>	194
B	L'utilisation du secteur public en France	197
1.	<i>La construction d'un modèle alternatif</i>	197
2.	<i>Le traitement favorable des entreprises du secteur public</i>	198
2§	Une stratégie pernicieuse à long terme	200
A	Un système coûteux et opaque	200
1.	<i>Un système budgétivore</i>	200
2.	<i>Un système opaque</i>	202
B	Un système aux résultats remis en cause.....	203
1.	<i>Un modèle mis en échec</i>	203
2.	<i>Une réflexion doctrinale pour parfaire le modèle</i>	206
Section II :	<i>Le système hybride européen, naturellement anxigène</i>	209
1§	Une réalisation inaboutie du marché européen.....	210
A	La physionomie du marché français en lente évolution.....	210
1.	<i>Des anciens monopoles toujours prépondérants sur le marché</i>	210
2.	<i>Des modes de maintien de la présence de l'État dans les secteurs en voie de libéralisation</i>	212
B	Les stratégies de maintien d'instruments anticoncurrentiels.....	214
1.	<i>L'avenir incertain de l'établissement public industriel et commercial</i>	214
2.	<i>L'existence des tarifs réglementés</i>	218
2§	Une protection complète soumise au déploiement du service universel	221
A	L'identité d'objectifs du service universel et du monopole	222
1.	<i>Des objectifs convergents</i>	222

2. <i>L'absence du service universel dans les débats</i>	223
B Les mécanismes correcteurs du service universel.....	226
1. <i>Un outil vers une conciliation de fond</i>	226
2. <i>Un outil vers une convergence de forme</i>	227
Chapitre II : La liaison entre service universel et nécessité d'un marché transparent, contrôlé et garant de droits.....	230
<i>Section I : Les fondements d'un renouvellement de la transparence</i>	230
1§ Le service universel et le renouvellement du marché des SIEG dans la théorie	231
A L'intégration du service universel dans les secteurs soumis à la concurrence	231
1. <i>Écarter les doutes sur l'opportunité du service universel</i>	231
2. <i>Concilier les systèmes pour les renchéris</i>	233
B La théorie des facilités essentielles	234
1. <i>L'adoption de la théorie des facilités essentielles en France</i>	234
2. <i>L'adaptation de la théorie des facilités essentielles</i>	236
2§ Le service universel et le renouvellement organique des institutions	238
A La séparation horizontale de l'entité	239
1. <i>La nécessité d'une séparation horizontale</i>	239
2. <i>La mise en place d'une séparation horizontale</i>	240
B La séparation verticale de l'entité	241
1. <i>La nécessité de la séparation verticale</i>	241
2. <i>La mise en place de la séparation verticale</i>	243
<i>Section II : Les fondements d'un renouvellement de la confiance</i>	245
1§ Le service universel et le régime financier transparent	245
A. Les différents coûts pris en compte	246
1. <i>La recherche du coût exact</i>	246
2. <i>La méthodologie de recherche du coût</i>	247
B Les différents modes de financement autorisés.....	252
1. <i>L'encadrement juridique du financement</i>	253
2. <i>La difficile adaptation du droit national à l'encadrement du financement</i> 255	
2§ Le renouvellement de la place de l'État dans le marché	257
A La désétatisation du contrôle du marché.....	257
1. <i>L'inconciliable interventionnisme étatique dans le cadre du service universel</i>	257
2. <i>L'homogénéisation insuffisante d'un nouveau système européen de contrôle</i> 259	

B La place de l'État dans l'interventionnisme normatif pour le service universel	261
1. <i>Un État prétendument régulateur</i>	261
2. <i>Le nécessaire repositionnement de l'État pour le renforcement du service universel</i>	262
Titre II : Complémentarité du service universel et de la protection de l'utilisateur	265
Chapitre I : Complémentarité du service universel et des grands principes du service public.....	265
<i>Section I : L'évolution du principe d'égalité en France au prisme du service universel</i>	265
1§ Les insuffisances du principe d'égalité en France	266
A. La crainte d'un service public à deux vitesses	266
1. <i>Des critiques formulées au regard du rapport de la société avec le principe d'égalité</i>	266
2. <i>Des craintes relativisées</i>	269
B. Un principe d'égalité malmené en droit interne	271
1. <i>Le constat d'une égalité peu située</i>	271
2. <i>Une cause à rechercher dans la subjectivisation de l'utilisateur</i>	273
2§ Les apports du service universel au principe d'égalité.....	275
A. Un principe d'égalité nécessairement repensé.....	275
1. <i>L'opposition entre égalité formelle et égalité réelle révélée</i>	275
2. <i>L'opposition entre égalité formelle et réelle revisitée</i>	278
B. La complémentarité du principe d'égalité et du service universel	279
1. <i>La traduction du principe d'égalité en Europe</i>	279
2. <i>Un enrichissement relatif du principe d'égalité en droit interne</i>	281
<i>Section II : L'évolution du principe d'adaptabilité en France au prisme du service universel</i>	283
1§ Un principe d'adaptabilité peu favorable à l'utilisateur.....	283
A. Définition et reconstruction du principe d'adaptabilité	284
1. <i>L'ambivalence du principe d'adaptabilité</i>	284
2. <i>L'idée de redéfinition du principe d'adaptabilité</i>	285
B. L'utilisateur démuné devant le principe d'adaptabilité	288
1. <i>Liberté des gouvernants et absence de droit acquis au maintien des services publics</i>	288
2. <i>Des recours insuffisants pour l'utilisateur</i>	289
2§ Une protection plus nationale de l'utilisateur	291
A. L'inefficacité du service universel dans la protection de l'adaptabilité	291

1.	<i>Le potentiel du service universel pour améliorer l'adaptabilité</i>	291
2.	<i>L'échec du service universel à promouvoir l'adaptabilité</i>	292
B.	La consolidation en droit interne de la protection de l'utilisateur	295
1.	<i>Les mesures nationales prises pour le maintien des services publics</i>	295
2.	<i>Une utilisation nécessaire mais aux résultats incomplets du numérique</i>	297
Chapitre II :	Le renforcement des garanties de l'utilisateur par le service universel	302
Section I :	<i>Le renforcement des droits de l'utilisateur français</i>	302
1§	Un socle irréductible de service public	302
A.	La conciliation avec les droits créances	303
1.	<i>La conciliation dans la lutte contre l'exclusion</i>	303
2.	<i>La conciliation des droits créances et de l'objectif évolutif du service universel</i>	305
B.	La protection par le niveau supra législatif du service universel	307
1.	<i>Le régime légicentriste classique du service public</i>	307
2.	<i>La reconnaissance supra-législative du service universel</i>	310
2§	De nouvelles garanties offertes à l'utilisateur	312
A.	Une redécouverte possible de la notion de dignité humaine	312
1.	<i>Un principe de dignité a priori éloigné</i>	312
2.	<i>La découverte d'une dignité sociale</i>	314
B.	L'accessibilité aux services liés à la dignité : l'exemple de l'eau	316
1.	<i>Le rapprochement entre eau, dignité et socle social</i>	316
2.	<i>Des liens connexes avec le service universel de l'énergie</i>	318
Section II :	<i>Le renforcement des droits de l'utilisateur européen</i>	319
1§	Une redéfinition du socle européen de services	320
A.	La complémentarité avec le SIG	320
1.	<i>Les interactions avec le SIG de l'éducation</i>	320
2.	<i>Les interactions avec le SIG de la santé</i>	322
B.	La mise en perspective avec les droits fondamentaux	325
1.	<i>Des droits fondamentaux disséminés mais reliables pertinemment au service universel</i>	325
2.	<i>Le besoin du service universel pour les droits sociaux</i>	327
2§	La redéfinition de l'utilisateur européen	328
A.	Une cohésion sociale européenne	329
1.	<i>La recherche d'une cohésion sociale</i>	329
2.	<i>La mise en œuvre de la cohésion sociale par le service universel</i>	330
B.	Un élément constitutif d'une citoyenneté européenne	332

1. <i>Une citoyenneté européenne à parfaire</i>	332
2. <i>Le service universel comme élément constitutif de la citoyenneté européenne</i>	333
Bibliographie	343
Thèses	343
Ouvrages généraux	343
Articles.....	348
Rapports et communications	355
Index	357
Table des matières	361

