

Présentation de l'étude :

Service universel et concurrence : les communications électroniques comme base à une réflexion générale sur le rôle des administrations régulatrices

Promoteur : Prof. Jean-Marie Cheffert, FUNDP-CRID

Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID)
des Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix (FUNDP).

PLAN

Introduction

- A. Les objectifs de la recherche
- B. Les activités de recherche
- C. Les résultats obtenus
- D. Les possibilités d'application

INTRODUCTION

Les services de réseau, tels que l'électricité ou les télécommunications – appelées dorénavant « communications électroniques » –, subissent actuellement de profondes mutations, certaines d'entre elles étant induites par leur ouverture progressive à la **concurrence**.

Ce changement de contexte a sans nul doute des répercussions sur l'organisation du secteur lui-même : différents prestataires, privés ou publics, sont à présent amenés à répondre aux besoins prioritaires des usagers et, en particulier, prester – ensemble ou séparément – un « service universel » déterminé par la collectivité. Dit autrement, le service public fonctionnel n'est plus automatiquement fourni par un service public organique.

Ce changement de contexte fait aussi que la fonction de **régulation**, remplie traditionnellement par les **administrations**, change de nature. En effet, le contexte concurrentiel n'assure lui-même qu'une partie de cette fonction de régulation. La concurrence est effectivement, pour les opérateurs, un incitant à une nouvelle politique commerciale (de prix, de qualité,...). Mais cette concurrence ne poursuit qu'imparfaitement les objectifs du service universel. En particulier, elle ne garantit pas l'équité : la concurrence ne pousse pas le secteur à servir les clients mal situés géographiquement ou ayant des besoins sociaux particuliers. Dit autrement, le contexte de concurrence fait que **la fonction de régulation doit être repensée**.

Il s'agit ainsi de voir comment organiser la prestation du service universel. Comment désigner les opérateurs ayant à le prester ? Comment les rémunérer ? Comment mobiliser les fonds nécessaires à cette politique ? Dit autrement, quels **nouveaux rôles l'administration**

régulatrice sera-t-elle amenée à jouer, seule ou en collaboration avec d'autres administrations ?

Selon la volonté européenne, ces mutations sont vécues, dans chaque secteur, de façon plus ou moins rapide. Le secteur des communications électroniques a, de ce point de vue, une avance. Il mérite donc une attention particulière dans la mesure où beaucoup de questions posées dans ce secteur le seront ailleurs.

A. LES OBJECTIFS DE LA RECHERCHE

L'objectif général de l'étude menée par le CRID et financée par les SSTC est donc l'analyse des nouveaux rôles des administrations régulatrices, le secteur des communications électroniques servant de cas d'étude.

Cette question des nouveaux rôles des administrations renvoie nécessairement à celle du **cadre réglementaire**. A cet égard, une nouvelle directive européenne «Service universel» vient d'être adoptée. Tout n'est cependant pas figé : la directive permet aux Etats membres de choisir des voies de solutions variées. Face à cette relative liberté des Etats membres dans l'organisation de leur politique de service universel, il importe de concevoir et d'analyser plusieurs scénarios.

L'étude menée a précisément pour objectif de proposer et d'évaluer des scénarios touchant tant au **cadre réglementaire** belge traitant du service universel qu'au **fonctionnement concret** de l'administration régulatrice (l'IBPT).

Cet objectif général se décline en plusieurs actions complémentaires. Les objectifs de ces actions sont précisés ici.

1. L'écriture d'un rapport de recherche centré sur des propositions motivées

Le rapport de recherche devait définir un **cadre de réflexion** permettant une analyse des choix à poser dans le secteur des communications électroniques. Nous nous proposons de dresser la liste des différentes *fonctions* (et donc espaces de choix) de cette politique de service universel (détermination du champ de la politique de service universel, politique de désignation des opérateurs prestataires, politique de financement du service universel,...). Un tel cadre d'analyse permet de transférer plus facilement certains résultats vers d'autres secteurs de réseau qui vivent ou vivront les mêmes mutations.

Le rapport devait, pour les différentes missions de l'administration régulatrice, proposer différents **scénarios** de propositions très concrètes touchant tant au **cadre réglementaire** lui-même qu'aux futurs **rôles des administrations** régulant le secteur. Ces propositions devaient être motivées par des considérations tant juridiques (les principes généraux de droit, des éléments de droit comparé, des arrêts de la Cour d'Arbitrage, d'autres directives en vigueur,...) que liées à la meilleure organisation de l'action de régulation à mener par l'administration, en lien ou non avec des instances diverses (exécutif, législatif, autres administrations,...).

Quels sont les considérations et principes (politiques, économiques, juridiques,...) qui justifient que telle instance soit en charge (de manière exclusive ou partagée) de telle mission particulière ? En particulier, les principes de non-discrimination, de proportionnalité et de transparence sont-ils respectés ? Quels seraient les conflits générés par tel ou tel partage des responsabilités ? La solution proposée permet-elle à la collectivité d'exprimer ses choix de manière régulière ? La solution anticipe-t-elle le fait que l'environnement sera de plus en plus concurrentiel ? La solution juridique proposée est-elle armée contre certains recours ?

Ces scénarios envisageront donc différentes hypothèses concernant à la fois la répartition des rôles entre les acteurs et les modalités très concrètes de leur intervention.

Le nouveau cadre réglementaire européen, qui n'est pas exempt de toute critique, est bien évidemment au centre de l'analyse.

2. Les autres publications

La recherche devait aussi permettre, en plus de ce rapport de recherche, des publications dans des revues liées à ces problématiques. Tel élément particulier de l'étude devait pouvoir être isolé et faire l'objet d'une étude complémentaire.

3. Les rencontres avec des acteurs du secteur

En amont de la recherche, le projet était de rencontrer différents acteurs (secteur des communications électroniques, administration, pouvoir exécutif, pouvoir législatif, Commission européenne). Ces rencontres avaient l'objectif de nous permettre des échanges nous aidant à formuler nos propositions.

4. Les valorisations

Les résultats ou des parties de ceux-ci devaient être valorisés sous forme de communication ou conférences, tant vis-à-vis du monde académique que vis-à-vis des acteurs (secteur et instances belges et européennes).

5. Une dynamique de recherche

Les SSTC finançaient un chercheur mi-temps pendant un an. Notre souci fut aussi de lancer une dynamique de recherche en équipe. Deux chercheurs furent, successivement, financés par le contrat. Ils rédigèrent le rapport publié par les SSTC et participèrent aux valorisations. Deux autres chercheurs furent aussi associés aux réflexions et aux publications.

6. Les retombées

La recherche et les différentes idées que le rapport devait contenir avaient pour vocation, pour partie du moins, d'alimenter le débat en cours sur la transposition de la nouvelle directive « Service universel » en Belgique.

B. LES ACTIVITES DE RECHERCHE

1. Le rapport de recherche

Un rapport fut rédigé par les chercheurs financés par le contrat (Thibaut Feron et Caroline Louveaux) : «Service universel et concurrence : les communications électroniques comme base à une réflexion générale sur le rôle des administrations régulatrices ». Certaines réflexions centrales de ce rapport sont reprises infra au point « Les résultats obtenus ».

2. Les autres publications

Deux publications liées à cette recherche furent publiées dans **la Revue Ubiquité**. La première reprend une analyse de droit comparé s'attachant au cas français. La seconde présente, dans un des chapitre de l'article, une analyse critique du cadre européen traitant du service universel.

Bondroit, Marie-Eve et L. Lecocq : « Le service universel en France : un cas particulièrement riche d'enseignements », dans La Revue Ubiquité n° 7, décembre 2000, Bruxelles, Academia-Bruyland, pp. 105-119.

Bondroit, Marie-Eve, J-M. Cheffert, F. de la Vallée, L. Lecocq, C. Louveaux, P-Y. Potelle, R. Queck : « Vers un nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques : réflexions à mi-chemin », dans La Revue Ubiquité n° 9, juin 2001, Bruxelles, Academia-Bruyland, pp. 41-80.

3. Les rencontres avec des acteurs du secteur

En cours de recherche, diverses rencontres ont eu lieu avec des représentants du secteur, de l'IBPT, de la Commission européenne, du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et du monde académique. Les rencontres formelles, situées plus en aval de la recherche, sont reprises infra au point 4.

4. les valorisations

a) Vis-à-vis du monde académique

Conférence de Jean-Marie Cheffert le 11 septembre 2000, en tout début de recherche, à l'International Telecommunications Society.

Thème : «Some Trends in the New European Framework on Universal Service : a Critical Appraisal ». Présentation Power Point avec mention du soutien des SSTC.

b) Vis-à-vis des instances européennes

Envoi de documents de travail (dont l'article publié en juin 2001) et discussion de travail avec deux responsables de la rédaction de la directive, le 23 avril 2001.

c) Vis-à-vis du pouvoir exécutif

Discussions, en avril-mai 2001, entre les membres de l'équipe et des membres du Cabinet du Ministre en charge des Télécommunications.

d) Vis-à-vis du pouvoir législatif

Exposé de Jean-Marie Cheffert en Commission Parlementaire de l'Infrastructure le 26 mai 2001.

Thème : « Réflexions pour une politique de service universel ».

e) Vis-à-vis de l'Administration

Contacts réguliers entre l'équipe et l'Administration régulatrice (IBPT). Voir infra le point 6. et le point D.

f) Vis-à-vis du secteur

Exposés, réalisés par l'équipe, devant des représentants du secteur privé le 11 mai 2001. Exposés et discussions de nos propositions dans le cadre de la formation « JuriTIC » proposée par le CRID (cours compacts destinés aux acteurs).

5. Une dynamique de recherche

Une dynamique de recherche en équipe fut effectivement lancée. Les deux chercheurs, financés par le contrat pour l'équivalent d'un mi-temps pendant un an, rédigèrent le rapport publié par les SSTC. Cette rédaction profita utilement de la collaboration de toute l'équipe. Celle-ci fut aussi associée aux valorisations et publications, comme expliqué ci-dessus.

6. Les retombées

Différentes idées élaborées au cours de la recherche purent effectivement alimenter le débat en cours sur la transposition de la nouvelle directive «Service universel» en Belgique. En effet, le CRID fut ensuite engagé par l'IBPT comme consultant dans l'aide à la rédaction de textes de loi transposant les directives européennes. Ce contrat de recherche fut mené par l'ICRI (Leuven), contractant principal, et le CRID (avec une autre équipe).

C. LES RESULTATS OBTENUS

Les résultats scientifiques obtenus sont repris dans le rapport qui isole les propositions motivées. Reprenons ici un résumé de l'étude et quelques conclusions du rapport.

1. Résumé

Les services en réseau (télécommunications – ou communications électroniques –, électricité,...) subissent actuellement de profonds bouleversements. Leur ouverture récente à la concurrence, qui a logiquement des répercussions sur les firmes du secteur, change aussi la **nature de la régulation** dont les administrations ont la charge. Le mode d'intervention des administrations publiques doit donc être repensé. L'étude analyse la manière dont l'administration régulatrice peut effectivement organiser une politique de « service universel » dans un secteur en concurrence. Le secteur étudié est celui des télécommunications, ouvert à la concurrence il y a quelques années déjà. Cette question des nouveaux rôles de l'administration régulatrice renvoie à celle du *cadre* réglementaire sous-jacent. Quelles sont les solutions les plus aptes à donner à l'administration les moyens de ses nouveaux défis ?

L'étude montre que la tâche globale de régulation se **décompose** en fait en plusieurs volets d'activités distinctes mais interdépendantes. Pour chacun de ces volets, différents scénarios sont mis en balance dans l'étude. L'exercice permet d'énoncer une série de recommandations motivées touchant tant au cadre juridique où s'inscrivent les différentes tâches de l'administration qu'à leur exécution concrète. Au terme de l'analyse, on remarque que la concurrence fragilise l'administration régulatrice. La régulation prend une forme plus éclatée : elle se décompose en différents volets d'activités à mener auprès de différents acteurs en concurrence. De plus, cette situation de concurrence rend les acteurs plus prompts à contester telle mesure qui les place dans une situation discriminatoire. La régulation éclatée est donc aussi inscrite dans un contexte plus risqué.

Cette **fragilisation** de l'administration peut être contrebalancée par deux autres constats. L'étude montre que certains volets de la régulation se rapprochent des certaines **problématiques classiques** du droit (marché publics, perception d'une taxe indirecte,...) D'autre part, sur le plan de son action, l'administration agit parfois dans des sphères très proches de celles d'autres administrations. Celles-ci peuvent donc utilement **collaborer** avec l'administration régulatrice, voire réaliser à sa place certaines tâches bien identifiées. Une telle collaboration ne peut que renforcer l'administration en cette période de mutation observée dans des secteurs très divers.

2. Quelques conclusions

Notre but, dans cette étude, était d'étudier **le rôle de l'administration régulatrice** du secteur des télécommunications dans la gestion de la politique de service universel, politique qui doit être vue comme un accompagnement de l'ouverture à la concurrence. Pour affiner notre analyse, nous avons identifié différents volets de cette politique : la détermination du champ du service universel, la politique de prix et de qualité du service universel, la gestion des prestations géographiquement non rentables, la politique de tarifs préférentiels et le financement général de cette politique d'accompagnement.

Au cours de l'analyse, nous nous sommes placés dans une perspective de long terme, celle d'une concurrence effectivement autorisée et, potentiellement, de plus en plus forte. Il nous semble en effet que les cadres réglementaires nationaux ne tiennent pas assez compte de cette situation, soit qu'ils n'utilisent pas assez cette concurrence, soit qu'ils ne la respectent pas assez.

Cette préoccupation posée, nous avons voulu analyser un certain nombre de choix dans chacun des volets que nous avons identifiés. Ces choix portaient tant sur les rôles de l'administration que sur les outils juridiques lui permettant d'agir. Nous avons vu que ces

choix étaient tantôt autonomes – ils sont sans effet sur d'autres volets de la politique de service universel – tantôt interdépendants. Nous avons par ailleurs montré qu'il n'y avait pas d'outil juridique unique apte à régler toutes les questions posées. Au contraire, des outils juridiques divers et plus ou moins souples sont à choisir selon les caractéristiques des problématiques à traiter. Selon nous, l'ouverture de l'éventail des outils juridiques – le contrat de gestion n'est plus central – est due à l'ouverture à la concurrence et à la transformation subséquente du rôle de l'autorité de régulation.

Face au dilemme posé par le recours utile à des instruments souples et la nécessité, pour certaines questions, d'instruments législatifs, nous avons proposé certaines solutions hybrides utilisant parfois des délégations ou des confirmations législatives.

Nous avons aussi observé que certaines questions nouvelles, posées par la gestion de la politique de service universel dans un environnement concurrentiel, amenaient à des solutions connues en droit. Ainsi, lorsqu'il fut question de mettre en œuvre les voies alternatives suggérées par l'Union européenne en termes de procédures de désignation des prestataires de service universel géographique – le cadre européen permet tant un système ouvert qu'un régime plus fermé de désignation d'office – nous avons envisagé un possible recours, du moins à terme, à un marché public de service. Cette voie remplissait en effet parfaitement l'objectif d'un environnement stable, porté par le droit administratif, dans une perspective concurrentielle.

De même, la directive européenne ne fixe pas les modalités précises d'organisation des réductions tarifaires dans un environnement concurrentiel. Cette latitude nous permit d'imaginer un système en deux temps : un système « fermé » à court terme (une désignation d'office d'opérateurs) laissant la place à terme à un système de subsides généralisés profitant plus pleinement de la concurrence. Nous avons aussi montré qu'un tel système pouvait utilement profiter d'une collaboration entre administrations : l'IBPT et les administrations en charge de déterminer les personnes ou entités bénéficiant des réductions.

Enfin, la politique de financement du service universel, au-delà des questions de droit constitutionnel ou de droit fiscal, nous amena à concevoir un rôle nouveau pour l'Institut. Il aurait ici à agir dans le recouvrement d'une majoration du taux de TVA (ou d'une autre taxe sur le chiffre d'affaires). On a ainsi remarqué que l'administration fiscale et l'IBPT pouvaient l'une comme l'autre remplir ce rôle de recouvrement. Une voie que nous suggérions donc à nouveau était celle d'une collaboration entre administrations.

Au cours de l'étude de ces modes d'action et de leur habillage juridique, c'est donc bien la question du rôle concret de l'administration régulatrice du secteur qui a été posée. On a vu que ce rôle, tantôt faible tantôt fort, est lié à la fois aux caractéristiques intrinsèques des différents volets de la politique de service universel et à la nature des outils juridiques utilisés.

Sur le plan de la doctrine juridique, nous avons remarqué que la matière même de cette étude est édifiante en ce qu'elle touche à la conception même de l'administration et de son rôle. En effet, d'aucuns tendent facilement à confondre les missions de l'administration et l'administration elle-même. On observe ainsi des abus de langage tels que l'utilisation, de manière interchangeable, des notions de « puissance publique », « autorité », « autorité administrative », « personne morale de droit public », termes souvent confondus avec ceux de « service public » ou « d'intérêt général ». C'est à dessein que nous mêlons à ces divers

substrats de l'imperium les notions d'intérêt général et de service public, par ailleurs trop souvent vides de sens.

Nous le disions plus haut, il s'agit d'abord de bien distinguer l'IBPT, qui restera une personne morale de droit public, des services constituant le service universel, qui seront les services qui, dans un environnement concurrentiel, seront l'objet de la politique de service universel. Ces services s'imposeront de manière minimale à des opérateurs désignés ou désireux de les fournir. Notons bien que selon la ratio legis de la directive « service universel », la concurrence est omniprésente. Cette directive s'inclut d'ailleurs dans un ensemble de textes visant à organiser une concurrence effective dans le secteur des communications électroniques. Cette concurrence vise bien, elle aussi, à garantir l'intérêt général (elle réduit les pouvoirs de marché et la faible efficacité collective qui en résulte). D'autre part, la concurrence permet une éventuelle prise en charge spontanée, par des opérateurs, de prestations de service universel.

S'agissant de transposer les orientations européennes en droit belge, on se heurte à des difficultés non négligeables. Certaines catégories préexistantes en droit belge, héritées de l'époque du monopole public, s'avèrent parfois peu adéquates. De plus, l'exercice de transposition ne peut se limiter à la définition d'un champ d'obligations de service public à imposer à des opérateurs. Au long de cette étude, nous avons montré en quoi différents efforts de construction juridique étaient nécessaires si nous voulions obtenir un cadre juridique à la fois souple et sécurisé.

Si nous devons, au terme de l'analyse, caractériser la place de l'administration, nous ne pourrions le faire qu'en comprenant comment la régulation du secteur a changé de nature suite à l'ouverture à la concurrence. Lorsqu'on régulait des monopoles publics, il s'agissait de lui imposer, et à lui seul, des contraintes de prix, de qualité, d'accès, ... tout en sachant qu'au plus ces exigences étaient lourdes, au moins le monopole réaliserait de profits et au moins il alimenterait des caisses de l'Etat. L'action de l'administration régulatrice se centrait donc sur le contrôle du respect des normes préétablies inscrites dans un contrat de gestion ou un contrat de plan. Avec la concurrence, la régulation a pris une forme plus éclatée : il s'agit maintenant de mener *différentes politiques auprès de différents acteurs*. De plus, la concurrence, en agissant elle aussi sur le marché, rend la régulation dépendante d'une série de contraintes : les acteurs « à traiter sur un même pied », sont prompts à contester telle mesure qui les place dans une situation discriminatoire. Des recours divers sont donc une menace nouvelle pour l'administration régulatrice. La régulation éclatée est donc aussi inscrite dans un contexte risqué. On conçoit donc que, vu ce changement dans la forme de la régulation, l'administration est de plus en plus fragilisée. Elle doit donc trouver de nouveaux modes de fonctionnement et être soutenue par de nouvelles règles de droit à inventer. Sur ce plan, la directive européenne reste hélas muette.

Dans notre analyse des différents volets de la politique de service universel, nous avons pu montrer que des problématiques *classiques* du droit étaient souvent à l'œuvre. Ainsi, ouvrir les prestations de service universel à la concurrence peut relever tantôt d'un lancement de marchés publics (ceci concerne la composante géographique), tantôt de la mise en place d'une politique de subsides (ceci concerne la composante sociale). Prélever des fonds dans le secteur pour financer cette politique relève d'une politique de taxes indirectes. Le fait que la régulation se ramène à ces problématiques classiques et connues donne donc un filet de sécurité bien utile à l'administration : le cadre juridique à construire peut se reposer sur des

solutions bien établies. Cette observation nuance notre premier diagnostic d'une fragilisation de l'administration.

Sur le plan de son action, l'administration peut aussi être soutenue d'une autre manière. En effet, elle agit parfois dans des sphères très proches de celles d'autres administrations. Ainsi, prélever des taxes indirectes est l'apanage de l'Administration de la TVA. Tenir à jour le fichier de personnes ayant droit à des avantages particuliers est celui de l'administration sociale. Nous avons montré que ces autres administrations pouvaient donc utilement *collaborer*, voire réaliser à la place de l'administration régulatrice certaines tâches bien identifiées. Une telle collaboration, encore ignorée par les textes européens, pourrait elle aussi renforcer l'administration en cette période de mutation.

Les temps sont donc perturbés pour l'administration en charge de la régulation du secteur des communications électroniques. Les mutations qu'elle vit sont d'ailleurs observées dans des secteurs très divers où le choix d'une plus grande concurrence est fait. Nous pensons que dans plusieurs secteurs (dont les secteurs en réseau), la concurrence ne peut suffire à créer la situation collectivement désirée. Dans ces secteurs, l'arrivée de la concurrence est loin de réduire l'action de l'administration : elle a plutôt tendance à la faire évoluer et à la complexifier. Nous pensons que cette mutation mérite une réflexion transversale. Des constantes sont en effet à identifier. Une telle réflexion, souvent omise et pourtant cruciale, doit permettre de redéfinir la place des administrations sectorielles, voire non sectorielles.

D. LES POSSIBILITÉS D'APPLICATION

Le rapport de recherche identifie clairement, à la fin de chaque section, les mesures à prendre pour adapter le cadre réglementaire national, les rôles que l'Administration régulatrice aura à jouer, la nature des collaborations avec d'autres instances et les outils juridiques permettant au régulateur de jouer son rôle. Nous renvoyons le lecteur intéressé à ce rapport.

Nous le disons plus haut, certaines idées élaborées au cours de la recherche peuvent alimenter le débat sur la transposition de la nouvelle directive «Service universel» en Belgique. Ceci fut réalisé au niveau du Parlement et de l'Administration. En ce sens, la réflexion menée par l'équipe a pu avoir certaines retombées directes.

Les orientations qui seront finalement prises par la nouvelle loi sont cependant de la responsabilité de ceux qui, à tout niveau, auront à prendre les décisions finales.