

Les décisions du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996 (C.C., n^{os} 96-378 D.C. et 96-380 D.C.)

par Pierre FRESSOZ,
Docteur en droit public,
A.T.E.R. à la faculté de droit de l'Université de Poitiers,
Chercheur au C.E.R.D.E.A.U. — Université Paris I.

Les télécommunications font, depuis moins d'une année, l'objet d'une attention particulière de la part du législateur et du gouvernement — mais aussi de l'usager dont le vocabulaire s'enrichit progressivement des termes composés et composites propres aux nouveaux médias. Sans doute, le développement de ces nouvelles technologies, mais aussi la nécessaire conformité au droit communautaire¹ et le contexte d'internationalisation du marché des télécommunications auront hâté l'obsolescence des textes initiaux². Cette rupture, ou du moins cette accélération du calendrier³, est d'autant plus sensible que la problématique de la réglementation des télécommunications n'a guère changé : les enjeux se situent entre le droit communautaire et la mise en concurrence⁴ d'une part, et la conception française du service public et des libertés publiques d'autre part⁵.

En toute hypothèse, trois lois⁶ sont récemment intervenues⁷ : celle du 10 avril 1996 relative aux

expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information⁸ et, ultérieurement, celles du 26 juillet 1996, réglementant les télécommunications⁹, et relative à l'entreprise nationale France Télécom¹⁰.

Ces deux dernières lois modifient largement celle du 2 juillet 1990 et le code des postes et télécommunications¹¹, et révisent également d'autres textes : la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication¹², la loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications¹³, la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des télécommunications¹⁴, le code de la voirie routière¹⁵, et enfin, de manière indirecte, la loi du 10 avril 1996. C'est dire que l'objet des lois du 26 juillet 1996 est vaste.

La procédure parlementaire fut marquée par le réveil de l'opposition¹⁶, qui déclencha une bataille d'amendement contraignant le gouvernement à prononcer l'urgence du texte relatif à l'entreprise nationale France Télécom, puis à engager sa responsabilité sur le vote de cette loi ; la motion de censure alors déposée ayant été rejetée, c'est sans véritable débat parlementaire de fond que la loi n° 96-660 fut adoptée le 29 juin 1996. Enfin, les députés saisirent le Conseil constitutionnel de cette loi le 3 juillet ; les sénateurs les avaient d'ailleurs précédés de quelques jours en déférant la loi n° 96-659 dès le 24 juin. L'ensemble de la réforme des télécommunications ayant ainsi été soumise au contrôle de constitutionnalité, il a paru intéressant d'envisager son étude à travers les décisions rendues le 23 juillet 1996¹⁷.

¹ L'objectif de la libéralisation complète des services de télécommunication, dont la téléphonie vocale, doit être atteint le 1^{er} janvier 1998 : Dir. n° 90/387/CEE du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications ; n° 90/388/CEE du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications ; n° 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 déc. 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (O.N.P.)* à la téléphonie vocale ; n° 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications.

CHÉROT (Jean-Yves), "L'article 90, § 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau", *A.J.D.A.*, n° 3, 20 mars 1996, p. 171-182.

* *Open network provision*.

² L. n° 90-568 du 2 juill. 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, *J.O.R.F.*, 8 juill. 1990, p. 8069 ; n° 90-1170 du 29 déc. 1990 sur la réglementation des télécommunications, *J.O.R.F.*, 30 déc. 1990, p. 16439.

³ GAILLARD (Claude), *Rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi [...] relatif à l'entreprise nationale France Télécom*, *J.O.R.F.* — *Doc. Assemblée nationale*, n° 2891, p. 6.

⁴ Le secteur des télécommunications est à la fois hautement stratégique et rentable. La croissance du chiffre d'affaire du secteur des télécommunications en Europe connaît une croissance de 6% par an. Il devrait atteindre 1.000 milliards de francs en 1998 ; et, dans une dizaine d'années, il devrait représenter 10% du produit intérieur brut européen. En 1995, l'exploitant public France Télécom a dégagé un bénéfice de 9,2 milliards de francs et investi 35,8 milliards de francs. V. : LARCHER (Gérard), *L'avenir de France Télécom : un défi national — Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur « France Télécom face à ses défis et les réponses à préparer »*, *J.O.R.F. -Doc. Sénat*, n° 260 (1995-1996), p. 13-33.

⁵ Les questions de l'égalité des usagers devant le service public, de la sécurité et de la confidentialité des télécommunications, voire de la liberté d'expression, sont au centre de ce débat.

⁶ L'on aura garde de ne pas omettre une importante circulaire concernant les services de l'Etat : Circ. du 15 mai 1996 relative à la communication, à l'information et à la documentation des services de l'État sur les nouveaux réseaux de télécommunications, *J.O.R.F.*, 19 mai 1996, p. 7549.

⁷ Sur l'évolution du secteur des télécommunications depuis une trentaine d'années et sur la genèse des lois n° 96-659 et 96-660, V. notamment : MAISL (Herbert), "La nouvelle réglementation des télécommunications", *A.J.D.A.*, n° 10, 20 oct. 1996, p. 762-779 ; GAILLARD (Claude), *Rapport*

fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi [...] relatif à l'entreprise nationale France Télécom, préc., p. 6.

⁸ L. n° 96-299 du 10 avr. 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information, *J.O.R.F.*, 11 avr. 1996, p. 5569.

⁹ L. n° 96-659 du 26 juill. 1996 de réglementation des télécommunications, *J.O.R.F.*, 27 juill. 1996, p. 11384.

¹⁰ L. n° 96-660 du 26 juill. 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *J.O.R.F.*, 27 juill. 1996, p. 11398.

¹¹ Art. 11 à 14, L. n° 96-659 du 26 juill. 1996 de réglementation des télécommunications, préc.

¹² L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.R.F.*, 1^{er} oct. 1986, p. 11755.

¹³ L. n° 90-1170 du 29 déc. 1990 sur la réglementation des télécommunications, préc.

Les modifications concernent les dispositions relatives à l'utilisation d'un moyen ou d'une prestation de cryptologie.

¹⁴ L. n° 91-646 du 10 juill. 1991 relative au secret des correspondances émises par voie de télécommunications, *J.O.R.F.*, 13 juill. 1991, p. 9167.

¹⁵ Art. L. 113-3 et 4.

¹⁶ MAISL (Herbert), "La nouvelle réglementation des télécommunications", préc., p. 766 : « L'opposition socialiste et communiste, se plaçant en défenseur du service public, utilisa tous les artifices de procédure (motion de renvoi en commission, exception d'irrecevabilité, question préalable) pour manifester son hostilité. ».

¹⁷ C.C., n^{os} 96-378 D.C. et C.C., 96-380 D.C., 23 juill. 1996, *J.O.R.F.*, 27 juill. 1996, p. 11400 et s.

Ainsi abordés et délimités¹⁸, les problèmes juridiques, d'ordre constitutionnel, soulevés par ces deux lois restent nombreux. D'une part, les sénateurs qui ont saisi le Conseil constitutionnel de la loi n° 96-659 soulèvent des moyens concernant le principe de la libre administration des collectivités locales¹⁹, la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et réglementaire en matière fiscale²⁰, la compétence du Premier ministre pour exercer le pouvoir réglementaire²¹, le pouvoir de sanction détenu par une autorité administrative indépendante, et le principe de la compétence de l'ordre juridictionnel administratif en matière de contentieux administratif. D'autre part, les députés auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel sur la loi n° 96-660 fondent leurs moyens sur le principe de l'appartenance et de la conservation d'un service public national dans le secteur public²², sur la protection du domaine public et sur les principes constitutionnels de fonctionnement des services publics : la continuité, et surtout l'égalité.

Il apparaît clairement que ces décisions fort riches dépassent largement la seule question de la réglementation des télécommunications. Au demeurant, le simple énoncé de ces multiples problèmes pourrait faire craindre que leur étude conduise à relire de nombreux chapitres du droit public... Et, de fait, ces deux décisions ne sont pas des modèles de concision²³, bien que certains considérants puissent paraître un peu laconiques.

Aussi, les nombreuses dispositions litigieuses des lois du 26 juillet 1996 seront étudiées séparément (et tout simplement) selon qu'elles concernent d'abord la répartition des compétences (entre la loi et le règlement, ou bien interne au domaine réglementaire) en matière de télécommunication (I), ensuite le transfert du domaine public nécessaire au fonctionnement de ce service public (II) et enfin le retrait des exigences liées à la notion de service public dans le secteur des télécommunications (III).

*
* *

¹⁸ L'étude des seules décisions du Conseil constitutionnel relatives aux lois du 16 juillet 1996, et non de ces lois elles-mêmes, ne permet pas d'aborder certaines dispositions pourtant importantes de la loi de réglementation des télécommunications et de la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom. Les aspects constitutionnels des lois du 26 juillet 1996 nous intéressent seuls, l'on ne s'étonnera donc pas de ne pas trouver ici de développements concernant directement le service public des télécommunications, notamment quant à son évolution au regard du droit communautaire ou du droit de la concurrence.

Pour envisager les aspects administratifs, qui ont déjà fait couler beaucoup d'encre, des lois du 26 juillet 1996, V. notamment : MAISL (Herbert), "La nouvelle réglementation des télécommunications", préc. ; CHEVALLIER (Jacques), "La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités", *R.F.D.A.*, n° 12(5), sept.-oct. 1996, p. 909-951 ; BOITEAU (Claudie), "L'entreprise nationale France Télécom (Commentaire de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996)", *J.C.P.* — *Ed. G.*, n° 41, 9 oct. 1996, *Doctrine* n° 3965, p. 379-384.

¹⁹ Art. 72, al. 2, C.

²⁰ Art. 21, 34 et 37 C.

²¹ Art. 21 C.

²² Al. 9, préambule de la Constitution de 1946.

²³ Le *Journal officiel* publie ces décisions ainsi que le texte des saisines et les observations du gouvernement sur une douzaine de pages.

I/ La difficile répartition des compétences²⁴

La difficulté de la répartition des compétences tient à la pluralité des acteurs susceptibles d'intervenir. D'une part, le législateur prend part, et parfois exclusivement, à la réglementation des télécommunications. D'autre part, le pouvoir réglementaire est réparti entre le Premier ministre et les autorités administratives indépendantes concernées : l'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.) et le Comité supérieur de la télématique (C.S.T.) institué auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.). Pour la clarté de l'exposé, plus que pour de véritables raisons de fond, ces difficultés juridiques seront étudiées selon que le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions litigieuses constitutionnelles (A) ou non (B).

A/ Les dispositions déclarées conformes à la constitution

L'article 8 de la loi n° 96-659, contesté par les auteurs de la saisine, insère deux nouveaux chapitres III et IV dans le titre 1^{er} du livre II du code des postes et télécommunications.

Le nouveau chapitre III (Art. L. 35 à L. 35-7) de ce code définit les conditions générales de fonctionnement du service public des télécommunications (le législateur énonce ici de grandes évidences juridiques²⁵ et semble vouloir faire la preuve de ses bonnes intentions pour le service universel²⁶), mais aussi les modalités de la péréquation financière des charges communes aux opérateurs et de la résorption progressive du déséquilibre actuel des tarifs de l'exploitant public France Télécom (le législateur semble ici surtout faire preuve d'une certaine imprécision et d'un bel optimisme quant au rééquilibrage tarifaire de l'opérateur public²⁷) ; ce nouveau chapitre III n'a pas été expressément soumis au contrôle du Conseil constitutionnel.

En revanche, les auteurs de la saisine ont sévèrement critiqué les dispositions du nouveau chapitre IV (Art. L. 36 à L. 36-14) du code des postes et télécommunications, également insérées par l'article 8 de la loi n° 96-659. Ce nouveau chapitre IV aménage la « régulation des télécommunications » ; c'est à dire qu'il répartit les compétences en matière de télécommunications entre les trois principaux acteurs concernés : le législateur, le Premier ministre et la nouvelle Autorité de régulation des télécommunications. Trois dispositions du chapitre IV pouvaient sembler litigieuses au regard des articles 21, 34 et 37 de la Constitution : celles qui répartissent les compétences d'abord entre le législateur et le pouvoir réglementaire en matière d'imposition (1), ensuite entre le Premier ministre et l'Autorité de régulation des télécommunications pour l'exercice du pouvoir réglementaire (2)

²⁴ VINCENT (François), "De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958", *A.J.D.A.*, 20 nov. 1965, p. 564-576.

²⁵ Art. L. 35, al. 1^{er}, C.P.T. — Le service public des télécommunications est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité.

²⁶ Art. L. 35-1, al. 1^{er}, C.P.T. — Le service universel des télécommunications fournit à tous un service téléphonique de qualité à un prix abordable [...].

²⁷ Art. L. 35-3-11-3', al.1^{er}, C.P.T. — Le déséquilibre résultant de la structure actuelle des tarifs téléphoniques au regard du fonctionnement normal du marché sera résorbé progressivement par l'opérateur public avant le 31 décembre 2000, dans le cadre de baisses globales des tarifs pour l'ensemble des catégories d'utilisateurs.

et enfin entre le législateur et cette nouvelle autorité administrative indépendante en raison du pouvoir de sanction dont la loi n^o 96-659 a doté l'A.R.T. (3).

1) Les taxes et redevances : entre la loi de finances et le décret en Conseil d'État²⁸

Le nouvel article L. 36-4, al.1^{er}²⁹, du code des postes et télécommunications a pu sembler créer un pouvoir concurrent entre la loi (de finances) et le décret (en Conseil d'État) pour réglementer les ressources de l'Autorité de régulation des télécommunications. Les sénateurs observaient dans leur saisine que cette concurrence entre les deux pouvoirs était incompatible avec plusieurs principes constitutionnels : ceux de la quatrième rubrique de l'article 34, al. 2³⁰, (et donc, selon eux, des articles 21 et 37) de la Constitution, et de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³¹. Mais le gouvernement a fait valoir que, loin de créer une concurrence, cette nouvelle disposition du code des postes et télécommunications établissait une complémentarité entre les deux pouvoirs : la loi de finances reste exclusivement compétente en matière d'impôt, et le décret en Conseil d'État peut simplement réglementer les redevances et rémunérations pour services rendus, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 2 janvier 1959^{32,33}. Conformément à sa jurisprudence désormais fixée relative à la distinction entre taxes (éventuellement parafiscales) et redevances et à leurs régimes et auteurs respectifs³⁴, le Conseil constitutionnel a retenu cette importante précision du gouvernement, allant jusqu'à accepter de la déduire de la formulation de la disposition législative contestée³⁵, ce qui pouvait ne pas sembler tout à fait évident. En effet, une telle déduction nécessite certains « égards »

²⁸ PHILIP (Loïc), "Le développement de la jurisprudence fiscale du Conseil constitutionnel", *Droit fiscal*, n^o 31, 28 juill. 1980, p. 932-935 ; "Le partage de la loi et du règlement en matière fiscale", *Droit fiscal*, n^o 6, 2 fév. 1981, p. 161-166.

²⁹ Art. L. 36-4, al. 1^{er}, C.P.T. — Les ressources de l'Autorité de régulation des télécommunications comprennent des rémunérations pour services rendus et des taxes et redevances dans les conditions fixées par les lois de finances ou par décret en Conseil d'État.

³⁰ Art. 34, al. 2, C. — La loi fixe les règles concernant [...] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature [...].

³¹ Art. 14, D.D.H.C. — Tous les citoyens ont le droit de constater par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

³² Ord. n^o 59-2 du 2 jan. 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, *J.O.R.F.*, 3 jan. 1959, p. 180 :

Art. 5, al. 1^{er} — La rémunération des services rendus par l'État ne peut être établie et perçue que si elle est instituée par décret en Conseil d'État pris sur le rapport du ministre des finances et du ministre intéressé.

³³ Observations du gouvernement en réponse à la saisine du Conseil constitutionnel en date du 24 juin 1996 par plus de soixante sénateurs, *J.O.R.F.*, 27juill. 1996, p. 11405 : « Le législateur a simplement entendu décrire les ressources dont pourra disposer cette autorité [l'A.R.T.] et renvoyer, d'une part, aux dispositions de la loi de finances s'agissant des taxes qui pourraient lui être affectées et, d'autre part, à un décret en Conseil d'État, conformément à l'article 5 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 dans le seul cas des redevances et rémunérations pour services rendus. ».

³⁴ V. notamment : C.C., n^o 60-8 D.C., 11 août 1960, *Rec.*, p. 25 ; n^o 66-38 L., 10 mars 1966, *Rec.*, p. 26 ; n^o 69-57 L., 24 oct. 1969, *Rec.*, p. 32 ; n^o 70-61 L., 23 fév. 1970, *Rec.*, p. 37 ; n^o 76-92 L., 6 oct. 1976, *Rec.*, p. 59 ; n^o 82-124 L., 23 juin 1982, *Rec.*, p. 99 ; n^o 82-140 D.C., 28 juin 1982, *Rec.*, p. 45 ; n^o 83-166 D.C., 29 déc. 1983, *Rec.*, p. 77.

³⁵ C.C., n^o 96-378 D.C., 23 juill. 1996, préc. : « *Eu égard* à la formulation dont [le législateur] a usé, il doit être regardé comme ayant fait référence, s'agissant des lois de finances, aux taxes qui peuvent être affectées à cette Autorité et, s'agissant des décrets en Conseil d'État, aux rémunérations ou redevances pour services rendus que ceux-ci instituent [...]. » — souligné par nous.

pour cette formulation législative, dans la mesure où l'article L. 36-4, al. 1^{er}, du code des postes et télécommunications ainsi rédigé ne liste pas les compétences de la loi de finances et du décret en Conseil d'État dans leur ordre respectif et n'établit aucune distinction expresse entre ces deux compétences. Cette indulgence du Conseil constitutionnel pourrait même sembler relativiser sa jurisprudence antérieure censurant les dispositions fiscales équivoques³⁶. Mais l'explication de la décision déclarant l'article 36-4, al. 1^{er}, du code des postes et télécommunications conforme à la Constitution peut se trouver dans le fait que, lorsqu'il estime possible de privilégier une interprétation, le Conseil constitutionnel retient celle qui protège le domaine législatif au détriment du pouvoir discrétionnaire des autorités réglementaires³⁷.

En toute hypothèse, le Conseil constitutionnel écarte par ces motifs les moyens invoqués par les auteurs de la saisine et déclare les dispositions de l'article L. 36-4, al. 1^{er}, du code des postes et télécommunications conformes à la Constitution.

Mais les sénateurs soumettaient également au contrôle du Conseil constitutionnel les modalités de la répartition du pouvoir réglementaire entre le Premier ministre et la nouvelle Autorité de régulation des télécommunications.

2) Le pouvoir réglementaire en matière de télécommunications : entre le Premier ministre et l'A.R.T.

Le nouvel article L. 36-6 du code des postes et télécommunications, également inséré par l'article 8 de la loi de réglementation des télécommunications déferée au Conseil constitutionnel, dote l'Autorité de régulation des télécommunications d'un pouvoir réglementaire important. Cette compétence pouvait sembler immanente aux fonctions, et même à la dénomination de cette nouvelle autorité administrative indépendante. Mais les auteurs de la saisine critiquaient l'imprécision de cette habilitation législative ; en effet, l'étendue du pouvoir réglementaire confié à cette autorité administrative indépendante pourrait constituer d'une part une menace pesant sur les libertés inhérentes à la communication, et d'autre part une limite à l'exercice par le Premier ministre du pouvoir réglementaire général dont il est le détenteur. Les sénateurs ont soulevé ce second argument, dont le fondement semblait plus précis, devant le Conseil constitutionnel afin qu'il contrôlât la conformité de l'article L. 36-6-1^{o38} du code des postes et télécommunications à l'article 21³⁹ de la Constitution. Ce moyen n'a pas convaincu le Conseil constitutionnel. En effet, ainsi que le gouvernement l'a immédiatement fait observer, l'article L. 36-6-1^o du code des postes et télécommunications vise les articles L. 33-1 et L. 34-1 de ce code. Or, ces deux dispositions⁴⁰ apportent les précisions nécessaires et suffisantes quant aux limites de cette habilitation législative : en définitive, le pouvoir

³⁶ C.C., n^o 85-191 D.C., 10 juill. 1985, *Rec.*, p. 46.

³⁷ C.C., n^o 84-184 D.C., 29 déc. 1984, *Rec.*, p. 94 ; n^o 87-237 D.C., 30 déc. 1987, *Rec.*, p. 63.

³⁸ Art. L. 36-6, C.P.T. — Dans le respect des dispositions du présent code et de ses règlements d'application, l'Autorité de régulation des télécommunications précise les règles concernant : 1^o Les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services, en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 [...].

³⁹ Art. 21, al. 1^{er}, C. — Le Premier ministre [...] exerce le pouvoir réglementaire [...].

⁴⁰ Art. L. 33-1, C.P.T. — L'établissement et l'exploitation de réseaux ouverts au public sont autorisés par le ministre chargé des télécommunications [...]. Art. L. 34-1, C.P.T. — La fourniture du service téléphonique est autorisée par le ministre chargé des télécommunications [...].

réglementaire de l'Autorité de régulation des télécommunications ne peut concerner que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application⁴¹ que par leur contenu⁴², conformément aux exigences posées par la jurisprudence constitutionnelle⁴³. La comparaison de cette solution avec les décisions relatives au Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴⁴ et Conseil des bourses de valeurs⁴⁵ confirme la constitutionnalité de l'article L. 36-6-1^o du code des postes et télécommunications. Il convient enfin de préciser que l'article L. 36-6 du code des postes et télécommunications dispose que le pouvoir réglementaire de l'Autorité de régulation des télécommunications est « homologué » par le ministre des télécommunications⁴⁶, c'est à dire qu'il s'exerce sous son « contrôle »⁴⁷.

3) Le pouvoir de sanctionner les exploitants : entre la loi et l'A.R.T.

L'article 8 de la loi de réglementation des télécommunications insère encore dans le code des postes et télécommunications un nouvel article L. 36-11 dotant l'Autorité de régulation des télécommunications d'un pouvoir de sanction (exercé d'office ou sur demande) contre les opérateurs de télécommunications⁴⁸. Les auteurs de la saisine critiquaient

l'étendue de ce pouvoir ; ils estimaient notamment que : « Eu égard au secteur concerné, rien n'interdit de penser que certaines de ces "dispositions législatives ou réglementaires" afférentes à cette activité sont, par exemple, de nature pénale ou à tout le moins étrangères au domaine d'activité de l'Autorité de régulation ». Mais le gouvernement faisait valoir que le nouvel article L. 36-11 du code des postes et télécommunications devait être interprété à la lumière des dispositions de l'article L. 36-7 du même code, lequel limite strictement les normes de référence de l'Autorité de régulation des télécommunications⁴⁹.

Le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen soulevé par les sénateurs. Il a rappelé que la loi peut doter une autorité administrative indépendante d'un pouvoir de sanction sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, à condition toutefois de préserver les droits et libertés constitutionnellement garantis ; le souci pédagogique du Conseil constitutionnel va jusqu'à rappeler l'interdiction du cumul d'une sanction administrative pécuniaire et d'une sanction pénale. Et il constate que les dispositions litigieuses de l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications sont suffisamment encadrées, respectueuses des libertés et distinctes des infractions pénales pour répondre aux exigences de la constitutionnalité du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes.

La comparaison du pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications avec celui d'autres autorités administratives indépendantes est riche d'enseignements⁵⁰. La question de savoir si une autorité administrative indépendante peut être dotée de pouvoirs de sanction pour garantir le respect des règles qui encadrent l'exercice d'une liberté publique restait en suspens dans la décision relative au Conseil de la concurrence⁵¹. Mais le Conseil constitutionnel lui a apporté une réponse expresse et positive en 1989 dans sa décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel⁵² ; cette solution positive a été réitérée pour la Commission des opérations de bourse dans des termes suffisamment généraux pour qu'elle puisse être étendue à toutes les autorités administratives indépendantes⁵³. La présente décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996 confirme encore cette évolution vers une forme particulière

⁴¹ L'Autorité de régulation des télécommunications ne saurait ainsi exercer son pouvoir réglementaire dans les domaines des télécommunications pour lesquels la loi de réglementation des télécommunications prévoit des dispositions précises, notamment aux articles L. 32, L. 33, et L. 34 et s. du code des postes et télécommunications.

⁴² L'Autorité de régulation des télécommunications dispose d'un pouvoir lié par le respect des dispositions législatives et réglementaires du code des postes et télécommunications, ainsi que le prévoit expressément la disposition contestée (Art. L. 36-6, *in limine*, C.P.T.). De même, ainsi que le Conseil constitutionnel le rappelle dans sa décision, l'article L. 34-1 C.P.T. « confie à un décret pris après avis de la Commission supérieure du service public de la poste et des télécommunications le soin de définir les clauses types devant figurer dans les cahiers des charges dont les règles s'imposent aux opérateurs »... ainsi qu'à l'Autorité de régulation des télécommunications.

⁴³ C.C., n^o 86-217 D.C., 18 sept. 1986, *Rec.*, p. 141 : « [Les dispositions constitutionnelles] ne font [...] pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi » — souligné par nous.

⁴⁴ C.C., n^o 88-248 D.C., 17 jan. 1989, *Rec.*, p. 18 : « Les dispositions constitutionnelles [...] ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ; [...] la loi habilite le Conseil supérieur de l'audiovisuel à fixer seul par voie réglementaire non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci ; [...] en raison de sa portée trop étendue cette habilitation méconnaît les dispositions de l'article 21 de la Constitution » — souligné par nous.

⁴⁵ C.C., n^o 89-260 D.C., 28 juill. 1989, *Rec.*, p. 71 : « La compétence reconnue au Conseil des bourses de valeurs par l'article 15 de la loi déferée est limitée dans son champ d'application ; [...] elle doit s'exercer dans le respect des principes posés par le législateur et sous le contrôle du ministre chargé de l'économie et, le cas échéant, du Gouvernement ».

⁴⁶ Art. L. 36-6, *in fine*, C.P.T. — Les décisions prises en application du présent article sont, après homologation par arrêté du ministre chargé des télécommunications, publiées au *Journal officiel*.

⁴⁷ C.C., n^o 96-378 D.C., 23 juill. 1996, préc. : « La compétence réglementaire dévolue à l'Autorité [de régulation des télécommunications] s'exerce sous le contrôle du ministre chargé des télécommunications. » — souligné par nous.

⁴⁸ Art. L. 36-11, al. 1er, C.P.T. — L'Autorité de régulation des télécommunications peut, soit d'office, soit à la demande du ministre chargé des télécommunications, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernés, sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de télécommunications, aux dispositions législatives et réglementaires

afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre [...].

⁴⁹ Art. L. 36-7, C.P.T. — L'Autorité de régulation des télécommunications [...] 3^o Contrôle le respect par les opérateurs des obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables en vertu du présent code et des autorisations dont ils bénéficient et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues aux articles L. 36-10 et L. 36-11 [...].

⁵⁰ MODERNE (Franck), *Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*, Paris : Economica, 1993, 341 p.

⁵¹ C.C., n^o 86-224 D.C., 23 jan. 1987, *Rec.*, p. 8.

⁵² C.C., n^o 88-248 D.C., 17 jan. 1989, préc. : « Pour la réalisation de ces objectifs à valeur constitutionnelle, il est loisible au législateur de [...] charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission. ».

⁵³ C.C., n^o 89-260 D.C., 28 juill. 1989, préc. : « Le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ».

d'administration-juge, que le Conseil constitutionnel tolère et encadre, sous le regard attentif de la doctrine⁵⁴.

Ces trois nouvelles dispositions du code des postes et télécommunications ont été déclarées conformes à la Constitution ; en revanche, le problème des pouvoirs du Comité supérieur de la télématique se trouve à l'origine de la censure partielle de la loi de réglementation des télécommunications.

B/ Les dispositions déclarées inconstitutionnelles

L'article 15 de la loi de réglementation des télécommunications insérait trois articles 43-1, 43-2 et 43-3 dans la loi du 30 septembre 1986⁵⁵ relative à la liberté de communication. Seul le nouvel article 43-1 est passé au travers du contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a en effet censuré les articles 43-2 et 43-3.

Ces deux dispositions avaient pour objet le respect d'une certaine déontologie et le contrôle des infractions commises par la voie de la communication audiovisuelle. Le législateur visait en premier lieu à discipliner les fournisseurs d'accès au réseau Internet. Mais cette fin louable ne pouvait justifier la débauche de moyens peu ou prou inconstitutionnels prévus par ces dispositions litigieuses.

Le Conseil constitutionnel se satisfait d'un seul des nombreux moyens soulevés par les requérants et annule l'article 43-2 comme entaché d'un vice d'incompétence négative du législateur⁵⁶. Le législateur devait encadrer les pouvoirs qu'il confie au Comité supérieur de la télématique (et au Conseil supérieur de l'audiovisuel) par des limites que le Conseil constitutionnel prend soin de lui indiquer au demeurant⁵⁷. Quant à la censure de l'article 43-3, elle résulte beaucoup plus simplement de son caractère inséparable l'article 43-2.

Il reste qu'au-delà de cette économie des motifs développés par le Conseil constitutionnel, ces deux dispositions étaient sans doute entachées d'autres vices d'inconstitutionnalité. Les requérants soulevaient ainsi de multiples problèmes de nature constitutionnelle : celui du mutisme législatif quant à la composition du Comité supérieur de la télématique et quant à la

procédure applicable devant lui, l'absence de garanties quant aux droits de la défense⁵⁸, le risque de l'introduction d'un régime d'autorisation préalable pour les fournisseurs d'accès à Internet⁵⁹, le problème de la confusion des sanctions administratives et pénales et la méconnaissance du principe de la légalité des délits et des peines⁶⁰ par l'article 43-3 (ainsi entaché d'un vice propre d'inconstitutionnalité) ; certains de ces arguments avaient précédemment été soulevés contre le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, conduisant le Conseil constitutionnel à émettre de strictes réserves d'interprétation⁶¹.

Dans ces conditions, la censure des articles 43-2 et 43-3 était inévitable, sans doute à plus d'un titre ; c'est pourquoi le Conseil constitutionnel invite le gouvernement, selon le mot de M. Olivier Schrameck, « à reprendre entièrement son ouvrage »⁶².

*

II/ Domaine public et service public des télécommunications

Le sort du domaine public nécessaire au service des télécommunications constitue assurément l'un des aspects essentiels des lois du 26 juillet 1996. En raison de l'importance de ces enjeux, les auteurs des saisines ont expressément demandé au Conseil constitutionnel de se prononcer sur les dispositions que les lois du 26 juillet 1996 consacrent au domaine public. Selon eux, elles pourraient porter atteinte à trois principes : d'abord, la libre administration des collectivités locales (A), ensuite l'inaliénabilité du domaine public (B) et enfin la continuité du service public (C).

A/ Le domaine public et le principe de la libre administration des collectivités locales⁶³

L'article 6 de la loi de réglementation des télécommunications aménage un nouveau chapitre II au sein du titre I^{er} du livre II du code des postes et télécommunications. Ce

⁵⁴ V. notamment : FAVOREU (Louis), PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 42, § n° 24 et s.

⁵⁵ L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, préc.

⁵⁶ C.C., n° 96-378 D.C., 23 juill. 1996, préc. : « La loi a confié au Comité supérieur de la télématique le soin d'élaborer et de proposer à l'adoption du Conseil supérieur de l'audiovisuel, auprès duquel il est placé, des recommandations propres à assurer le respect par certains services de communication de règles déontologiques, sans fixer à la détermination de ces recommandations, au regard desquelles des avis susceptibles d'avoir des incidences pénales pourront être émis, d'autres limites que celles, de caractère très général, résultant de l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 [...] ainsi le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution » — souligné par nous.

⁵⁷ *Idem* : « Il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis ; [...] s'il peut déléguer la mise en œuvre de cette sauvegarde au pouvoir réglementaire, il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ; [...] s'agissant de la liberté de communication, il lui revient de concilier [...] l'exercice de cette liberté telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication concernés et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels » — souligné par nous.

⁵⁸ C.C., n° 80-117 D.C., 22 juill. 1980, *Rec.*, p. 42.

⁵⁹ C.C., n° 84-181 D.C., 10-11 oct. 1984, *Rec.*, p. 72 ; n° 88-248 D.C., 17 jan. 1989, préc.

⁶⁰ C.C., n° 73-80 L., 28 nov. 1973, *Rec.*, p. 45.

⁶¹ C.C., n° 88-248 D.C., 17 jan. 1989, préc. : « Il résulte de ces dispositions [Art. 8, D.D.H.C.], comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense ; [...] ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ; [...] toutefois, [...] appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements » — souligné par nous.

⁶² SCHRAMECK (Olivier), "Télécommunications — Loi de réglementation des télécommunications, Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom", *A.J.D.A.*, n° 9, 20 sept. 1996, p. 694.

⁶³ JÉGOUZO (Yves), "Les relations entre institutions publiques en matière domaniale", *C.J.E.G.*, numéro spécial *Actes du colloque Domaine public et activités économiques*, oct. 1991, p. 53-58.

chapitre II ainsi rédigé contient notamment un article L. 33-1-1⁶⁴, que les sénateurs demandaient au Conseil constitutionnel de censurer⁶⁵ comme étant contraire au principe de la libre administration des collectivités locales⁶⁶. Le gouvernement faisait observer que, loin de limiter le principe de libre administration des collectivités locales, cette disposition ne crée pas au profit de l'exploitant de droits autres que ceux qu'il détient de l'article L. 47 (nouveau⁶⁷) du code des postes et télécommunications d'une part, et d'autre part établit une distinction explicite entre l'autorisation d'établissement d'un réseau et l'autorisation d'occupation du domaine public⁶⁸. Le Conseil constitutionnel a suivi ces arguments présentés par le gouvernement⁶⁹.

Le considérant décidant la conformité de l'article L-33-1-I du code des postes et télécommunications à la Constitution mérite un commentaire : d'une part parce qu'il renvoie nécessairement à l'appréciation des articles 10 et suivants de la loi de réglementation des télécommunications (1), d'autre part parce qu'il convient de le rapprocher de la théorie des mutations domaniales (2).

1) L'utilisation du domaine public par les opérateurs de télécommunications autorisés

Les articles 10 à 13 de la loi n° 96-659 prévoient une nouvelle rédaction pour de nombreuses dispositions du titre II du livre II du code des postes et télécommunications. Les nouveaux articles L. 45-1 à L. 47 de ce code aménagent la possibilité pour les opérateurs titulaires de l'autorisation ministérielle mentionnée à l'article L. 33-1 (la disposition dont la constitutionnalité est contestée) de bénéficier de certaines servitudes sur les propriétés privées, d'un droit de passage sur le domaine public routier et de conclure une convention avec l'autorité compétente pour l'accès au domaine public non routier, dans des conditions⁷⁰ qui

⁶⁴ Art. L. 33-1-I, C.P.T. — L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public sont autorisés par le ministre chargé des télécommunications [...]. L'autorisation est soumise à l'application des règles contenues dans un cahier des charges et portant sur [...] e) Les prescriptions exigées par la protection de l'environnement et par les objectifs d'aménagement du territoire et d'urbanisme, comportant, le cas échéant, les conditions d'occupation du domaine public et les modalités de partage des infrastructures [...].

⁶⁵ Saisine du Conseil constitutionnel en date du 24 juin 1996 présentée par plus de soixante sénateurs [...], *J.O.R.F.*, 27 juill. 1996, p. 11403 : « En prévoyant à l'article L. 33-1 nouvellement rédigé que le ministre chargé des télécommunications autorise l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public dans le respect d'un cahier des charges portant notamment sur "les conditions d'occupation du domaine public et les modalités de partage des infrastructures", la compétence appartenant à chaque collectivité territoriale d'affecter son domaine public comme elle l'entend se trouve remise en cause [...]. Un tel changement d'affectation, ou à tout le moins une modification de celle-ci, sans l'accord de la collectivité intéressée viole certainement le principe de libre administration des collectivités locales. »

⁶⁶ Art. 72, al. 2, C. — Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi.

⁶⁷ Art. 11-I, L. n° 96-659 du 26 juill. 1996 de réglementation des télécommunications, préc.

⁶⁸ Observations du gouvernement en réponse à la saisine du Conseil constitutionnel en date du 24 juin 1996 par plus de soixante sénateurs, préc.

⁶⁹ C.C., n° 96-378 D.C., 23 juill. 1996, préc. : « Les dispositions de l'article en cause n'ont ni pour objet ni pour effet d'habiliter le ministre chargé des télécommunications à empiéter sur les prérogatives des collectivités locales en matière de gestion et d'affectation de leur domaine public ; [...] elles se bornent à préciser que doivent être rappelées dans le cahier des charges les règles à observer en matière de respect de l'environnement, d'aménagement du territoire et d'urbanisme et, le cas échéant, d'occupation du domaine public ; [...] dans ces conditions, le grief invoqué manque en fait ».

⁷⁰ Art. L. 45-1, al. 2, C.P.T. — Les autorités concessionnaires ou gestionnaire du domaine public non routier, lorsqu'elles donnent accès à des opérateurs

semblent en effet compatibles avec la libre administration des collectivités locales (ou avec les autres principes constitutionnels en cause, notamment le droit de propriété et la liberté du commerce et de l'industrie).

En définitive, ces dispositions confèrent à l'autorisation du ministre chargé des télécommunications une portée certaine quant à l'utilisation du domaine public, notamment celui des collectivités territoriales. Mais elles ne sont guère plus contraignantes pour ces collectivités que les articles antérieurs du code des postes et télécommunications qu'elles remplacent. En ôtant à France Télécom ses prérogatives exorbitantes lui permettant d'occuper gratuitement le domaine public, et en aménageant un dispositif de redevances pour l'occupation du domaine public, les nouvelles dispositions permettraient même aux collectivités locales d'accroître leurs ressources (dans des proportions toutefois modestes)⁷¹, et surtout de se trouver dans une situation plus conforme au droit commun (qui permet l'indemnisation des propriétaires privés)⁷². En toute hypothèse, le Conseil constitutionnel, qui se considère toujours saisi de l'ensemble des textes législatifs qui lui sont déférés, a implicitement déclaré ces nouvelles dispositions conformes à la Constitution dans son traditionnel "considérant balai"⁷³.

Il reste que le gouvernement aurait peut-être gagné à contourner ce problème constitutionnel en recourant à la théorie des mutations domaniales ou au système des transferts de gestion.

2) La théorie des mutations domaniales, les transferts de gestion et la loi de réglementation des télécommunications

titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 33-1, doivent le faire sous la forme de convention dans les conditions transparentes et non discriminatoires et dans toute la mesure où cette occupation n'est pas incompatible avec son affectation ou avec les capacités disponibles [...].

Art. L. 46, al. 1^{er}, C.P.T. — Les exploitants autorisés à établir les réseaux ouverts au public peuvent occuper le domaine public routier, en y implantant des ouvrages dans la mesure où cette occupation n'est pas incompatible avec son affectation.

Art. L. 47, al. 1^{er} et 2, C.P.T. — L'occupation du domaine routier fait l'objet d'une permission de voirie, délivrée par l'autorité compétente, suivant la nature de la voie empruntée [...]. [Cette autorité] doit prendre toutes les dispositions utiles pour permettre l'accomplissement de l'obligation d'assurer le service universel des télécommunications. Elle ne peut faire obstacle au droit de passage des opérateurs autorisés qu'en vue d'assurer, dans les limites de ses compétences, le respect des exigences essentielles.

⁷¹ LARCHER (Gérard), *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi [...] de réglementation des télécommunications*, *J.O.R.F.* — *Doc. Sénat*, n° 389 (1995-1996), t. 1, p. 76 : « A titre de comparaison, le montant global des redevances payées par EDF en 1995 a été de 153 millions de francs (occupation du domaine public communal, départemental et d'État par les ouvrages de transport et de distribution d'électricité, les chantiers). »

⁷² Cette indemnisation prévue des collectivités territoriales distingue nettement les dispositions de la loi de réglementation des télécommunications de la théorie des mutations domaniales. Pour une opinion différente, V. : LAVIALLE (Christian), "Décentralisation et domanialité", *R.F.D.A.*, n° 12(5), sept.-oct. 1996, p. 959 : « La récente décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996 sur la loi de réglementation des télécommunications ne semble pas remettre en cause cette [théorie des mutations domaniale] alors qu'elle fait référence aux *prérogatives non seulement de gestion mais aussi d'affectation des collectivités locales*. En effet, dans le droit positif, ces prérogatives sont justement limitées par la théorie des mutations domaniales. Cette décision maintient l'*ambiguïté*. Seule la voie choisie pour réduire l'autonomie — mutation domaniale et non expropriation —, en définitive, peut être discutée. » — souligné par nous.

⁷³ C.C., n° 96-378 D.C., 23 juill. 1996, préc. : « Il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen. »

La possibilité, reconnue par la jurisprudence (célèbre, ancienne⁷⁴ et constante⁷⁵) et par la loi (transferts de gestion⁷⁶), qu'à l'État de procéder à des changements d'affectation du domaine public d'autres collectivités, a été critiquée par la doctrine, qui y voit une solution centralisatrice⁷⁷ et peu fondée en droit⁷⁸. Il n'en demeure pas moins que, même en dehors de toute disposition législative *ad hoc*, ces transferts d'affectation du domaine public des collectivités locales pour les besoins du service public des télécommunications seraient restés possibles sur le fondement de la théorie des mutations domaniales ou des articles L. 35 et R. 58 du code du domaine de l'État.

L'on imagine toutefois sans difficulté l'importance du contentieux administratif que les collectivités locales "spoliées"⁷⁹ n'auraient alors sans doute pas manqué de générer⁸⁰, et auquel les exploitants autorisés se seraient trouvés confrontés. Il n'est au demeurant pas absolument certain que le Conseil d'État, dans son souci de concilier l'intérêt général et la libre administration des collectivités locales, aurait accepté de faire jouer la théorie des mutations domaniales ; et il convient d'observer que le recours aux transferts de gestion aurait conduit à la limitation des compétences du ministre chargé des télécommunications au profit du Premier ministre ou du ministre des finances⁸¹. C'est peut-être dans le but de conférer à ces transferts d'affectation du domaine public pour les nécessités du service public des télécommunications un fondement *législatif et définitif* que le gouvernement et le législateur ont préféré prendre le risque, au demeurant écarté, d'une censure du Conseil constitutionnel.

Le risque d'inconstitutionnalité pesait également sur les dispositions de l'article 1^{er} de la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom.

B/ Le domaine public et le principe d'inaliénabilité

⁷⁴ C.E., 16 juill. 1909, *Ville de Paris c/ C^{ie} du chemin de fer d'Orléans*, *Rec. Lebon*, p. 707, Concl. G. Teissier, S., 1909.3.97, note M. Hauriou ; 13 mars 1925, *Ville de Paris c/ C^{ie} du chemin de fer d'Orléans*, *Rec. Lebon*, p. 271, D., 1926.3.37, Concl. Rivet, note Waline.

⁷⁵ C.E., 13 jan. 1984, *C^{me} de Thiais*, *Rec. Lebon*, p. 6, D., 1984.605, note P. Bon.

⁷⁶ Art. L. 35, C.D.É. — Pour les transferts de gestion des immeubles dépendant du domaine public, dont la destination est modifiée, la remise est autorisée dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Art. R. 58, al. 2, C.D.É. — En cas de désaccord entre les services ou collectivités intéressés, l'autorisation est donnée : — par le ministre des finances, lorsque la divergence d'appréciation porte sur les conditions financières de l'opération ; — par le Premier ministre en cas de désaccord d'une autre nature [...].

⁷⁷ JÉGOUZO (Yves), "Les relations entre institutions publiques en matière domaniale", préc., p. 54 : « Il me semble que cette théorie doit être remise en question — je pose des questions, je n'ai pas les réponses — car elle me paraît en assez nette contradiction avec le principe maintenant reconnu et consacré de la libre administration des collectivités territoriales. » — souligné par nous ; CHAPUS (René), *Droit administratif général*, t. 2, § n° 437 : « [Cette solution] est moins compatible que jamais avec l'autonomie de gestion des collectivités locales, depuis la réforme de la décentralisation territoriale par la loi du 2 mars 1982. » — souligné par nous.

⁷⁸ CHAPUS (René), *Droit administratif général*, t. 2, § n° 437 : « Il faut reconnaître que, du point de vue de l'analyse juridique, elle est difficilement conciliable avec le droit de propriété portant sur les dépendances du domaine public, compte tenu du fait qu'on peut hésiter à croire qu'une "servitude d'utilité publique" limite effectivement les conséquences normales de ce droit de propriété ».

⁷⁹ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif*, 12^{ème} éd. 1933, p. 799.

⁸⁰ Sur le fondement de l'article 72, alinéa 2, de la Constitution.

⁸¹ Art. R. 58, al. 2, C.D.É.

L'article 1^{er} de la loi n° 96-660 transforme l'exploitant public France Télécom (établissement public) en une entreprise nationale (société anonyme). Cette disposition prévoit également le transfert à titre gratuit des biens, droits et obligations de l'un à l'autre ; les biens relevant du domaine public sont déclassés⁸². Un aspect essentiel de la réforme du statut de France Télécom réside dans ces quelques lignes.

Les députés ont donc expressément saisi le Conseil constitutionnel de cet article 1^{er} de la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom. S'agissant du transfert de dépendances du domaine public à une personne morale de droit privé, ils faisaient valoir que le législateur aurait pu les considérer comme des *biens de retour, que l'État aurait mis à la disposition de l'entreprise nationale France Télécom*, afin de protéger le domaine public. Ils estimaient également que la loi déferée procédait « d'un trait de plume à la plus vaste opération de déclassement de dépendances du domaine public jamais entreprise en droit français. »⁸³. Ils invitaient enfin le Conseil constitutionnel à « consacrer la valeur constitutionnelle du principe d'inaliénabilité du domaine public »⁸⁴ afin de protéger la continuité du service public. L'ambition des députés était grande, leur argumentation intéressante, et leur invitation séduisante ; le Conseil constitutionnel ne les a pas suivis.

Deux motifs s'opposaient en effet aux prétentions des auteurs de la saisine. D'une part, le principe d'inaliénabilité du domaine public n'a aucune valeur constitutionnelle⁸⁵. Reconnaître une telle valeur au principe d'inaliénabilité reviendrait à l'ériger en principe fondamental reconnu par les lois de la République. Or, s'il n'est pas interdit de regretter que le Conseil constitutionnel ait une nouvelle fois refusé de franchir ce Rubicon de la domanialité publique⁸⁶, il faut néanmoins convenir que sa position est parfaitement fondée, pour des raisons juridiques et historiques : le principe de l'inaliénabilité du domaine public trouve son origine dans l'Ancien Régime et l'Édit de Moulins de 1566, et la loi des 22 novembre-1^{er} décembre 1790⁸⁷ autorise l'aliénation du domaine public par le législateur — dans ces conditions, c'est la faculté qui

⁸² L. n° 90-568 du 2 juill. 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, préc. ; modifiée par Art. 1^{er}, L. n° 96-660 du 26 juill. 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, préc. :

Art. 1^{er}-1, al. 1^{er} — La personne morale de droit public France Télécom [...] est transformée à compter du 31 décembre 1996 en une entreprise nationale dénommée France Télécom, dont l'État détient plus de la moitié du capital social.

Art. 1^{er}-2 — Les biens, droits et obligations de la personne morale de droit public France Télécom sont transférés de plein droit, au 31 décembre 1996, à l'entreprise nationale France Télécom à l'exception de ceux [nécessaires aux missions de service public d'enseignement supérieur des télécommunications, transférés à l'État]. [...] [Ces transferts] sont effectués à titre gratuit et ne donnent lieu ni à indemnité, ni à perception de droits ou taxes, ni au versement de salaires ou honoraires.

⁸³ Saisine du Conseil constitutionnel en date du 3 juillet 1996 présentée par plus de soixante députés, *J.O.R.F.*, 27 juill. 1996, p. 11410.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ CHAPUS (René), *Droit administratif général*, t. 2, § n° 380 : « [Le] principe d'inaliénabilité [...] s'impose pleinement à toute autorité autre que le législateur. » ; § n° 451 : « Pour faire décider le transfert de la propriété d'une dépendance du domaine public, il n'est d'autre ressource que d'en appeler au législateur, qui prononcera ou autorisera la mutation de propriété. ».

⁸⁶ Le principe de la continuité du service public s'en serait trouvé renforcé en fait : V. *infra*, II, C.

⁸⁷ Art. 8, L. 22 nov.-1^{er} déc. 1790 — Le domaine national et les biens qui en dépendent sont et demeurent inaliénables sans le concours de la nation ; mais ils peuvent être vendus et aliénés en venu d'un décret formel du corps législatif sanctionné par le roi.

appartient au législateur de déroger au principe de l'inaliénabilité du domaine public qui devrait être constitutionnalisée ! D'autre part, et surtout, le législateur a pris soin de déclasser préalablement le domaine public, afin d'assurer le transfert de propriété à une personne morale de droit privé dans des conditions conformes à la fois au droit public⁸⁸ et aux exigences de la jurisprudence constitutionnelle antérieures⁸⁹.

Le Conseil constitutionnel a ainsi refusé de suivre⁹⁰ les députés auteurs de la saisine dans ce que leurs moyens pouvaient présenter de particulièrement novateur — ou d'excessivement infondé⁹¹. Mais il n'est pas interdit de se demander si cette solution ne serait pas susceptible d'affecter indirectement le principe de continuité du service public des télécommunications.

C/ Le domaine public et le principe de continuité du service public

Les députés auteurs de la saisine souhaitent voir consacrée la valeur selon eux constitutionnelle du principe de l'inaliénabilité du domaine public ; l'on sait que le Conseil constitutionnel s'y est à juste titre opposé. Pourtant, l'inaliénabilité du domaine public doit être mise en relation avec le principe constitutionnel de la continuité du service public ; et il faut bien convenir qu'à cet égard, la décision rendue par le Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom pourrait ne pas offrir une garantie suffisamment protectrice contre une éventuelle cession des biens transférés *nécessaires à la continuité du service public*.

Certes, la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom aménage expressément un dispositif de protection des biens nécessaires à la continuité du service public⁹². Il n'est toutefois pas interdit de douter de l'efficacité de cette disposition protectrice. En effet, la loi n° 96-660 fait de l'État

⁸⁸ Les personnes morales de droit privé ne sauraient posséder de domaine public.

⁸⁹ C.C., n° 94-346 D.C., 21 juill. 1994, *Rec.*, p. 96 : « Si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article 1^{er} de la loi le principe à valeur selon eux constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser *l'aliénation de biens appartenant au domaine public* ; [...] par suite le grief invoqué manque en fait » — souligné par nous.

⁹⁰ Selon M^{me} le Professeur Claudie Boiteau, une interprétation *a contrario* du considérant du Conseil constitutionnel pourrait toutefois laisser envisager une éventuelle évolution de la jurisprudence constitutionnelle : BOITEAU (Claudie), "L'entreprise nationale France Télécom (Commentaire de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996)", *préc.*, note n° 14.

⁹¹ C.C., n° 96-380 D.C., 23 juill. 1996, *préc.* : « Il résulte des termes mêmes de l'article 1^{er} de la loi déférée que les biens, droits et obligations de la personne morale de droit public existante ne seront pas transférés à l'entreprise nationale France Télécom sans qu'ils aient été *préalablement déclassés* ; [...] dès lors, si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de cette disposition le principe *selon eux* à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, cet article n'a ni pour objet ni pour effet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public ; [...] par suite, le grief ainsi articulé manque en fait. » — souligné par nous.

⁹² L. n° 90-568 du 2 juill. 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, *préc.* ; modifiée par Art. 1^{er}, L. n° 96-660 du 26 juill. 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *préc.* : Art. 23-1 — Lorsqu'un élément d'infrastructure des réseaux de télécommunications est nécessaire à la bonne exécution par France Télécom des obligations de son cahier des charges, et notamment à la continuité du service public, l'État s'oppose à sa cession ou à son apport ou subordonne la réalisation de la cession ou de l'apport à la condition qu'ils ne portent pas préjudice à la bonne exécution desdites obligations [...].

le garant de la mise en œuvre de cette protection, alors même qu'il risque, dans les faits, de ne pas être en mesure d'assurer cette fonction en raison des injonctions et de la sanction du marché. Il semble ainsi que, sans mettre en cause un instant la volonté de l'État de protéger les biens nécessaires au service public, l'on puisse douter de la réalité des moyens dont le législateur l'a doté pour parvenir à cette fin.

Saisi de cette question par les députés auteurs de la saisine, le Conseil constitutionnel considère qu'en cas de défaillance de l'État, le contrôle du juge demeure une garantie de la protection des biens nécessaires au principe constitutionnel de la continuité des services publics⁹³ : « dans ces conditions, les auteurs de la saisine ne sont pas non plus fondés à invoquer la méconnaissance de [ce] principe »⁹⁴. L'on ne peut toutefois manquer de relever l'insuffisante protection que le Conseil constitutionnel accorde aux biens nécessaires à la continuité du service public. En effet, subordonné à la saisine du juge, le contrôle juridictionnel paraît plus hypothétique que celui de l'État... et à défaut de saisine, encore plus abstrait.

Ce considérant semble en définitive décevant : en érigeant l'État, actionnaire certes majoritaire mais dont les moyens, sinon la volonté, pourraient s'avérer insuffisants au regard des impératifs du marché⁹⁵, et le juge, dont le contrôle reste possible mais aucunement certain, au rang de *garants*, le Conseil constitutionnel semble, en fait, insuffisamment protéger les biens transférés à l'entreprise nationale France Télécom et nécessaires au principe constitutionnel de la continuité du service public.

Il reste, en ce qui concerne ces aspects de la loi réglementant des télécommunications relatifs au domaine public, une question en suspens : *quid* de la domanialité publique comme critère de compétence de la juridiction administrative⁹⁶. Et le risque pesant sur le principe de continuité appelle immédiatement une seconde interrogation : d'autres exigences du service public sont-elles également remises en cause ?

*

III/ Vers un retrait des exigences du service public ?

L'on ne peut manquer d'observer que, si elle reste présente dans les lois n^{os} 96-659 et 96-660, l'expression « service public » fondatrice de notre droit public⁹⁷, est ici souvent remplacée par celle de « service universel »⁹⁸ issue des droits communautaire et nord-américain⁹⁹. Au-delà de cette mutation

⁹³ C.C., n° 96-380 D.C., 23 juill. 1996, *préc.* : « Il appartiendra aux *autorités juridictionnelles* et administratives de veiller strictement au respect par l'entreprise nationale France Télécom des *principes constitutionnels régissant le service public*, notamment dans la *gestion des biens transférés* [...] » — souligné par nous.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ LASSERRE (Bruno), "L'entreprise publique du monopole à la concurrence", *C.J.E.G.*, n° 500 *Spécial actualité de l'entreprise publique — Mélanges*, juin 1994, p. 335-338.

⁹⁶ *V. infra*, III, A, *in fine*.

⁹⁷ T.C., 8 fév. 1873, *Sieur Blanco*, *Rec. Lebon*, p. 61, *Concl. David*.

⁹⁸ Art. L. 35, al. 1^{er}, C.P.T. — Le service universel des télécommunications fournit à tous un service téléphonique de qualité à un prix abordable [...].

⁹⁹ L'article 90, § 2, du traité de Rome utilise l'expression « service d'intérêt économique général » ; mais l'expression « service universel » a été

terminologique, le débat juridique ne peut manquer de se cristalliser sur les principes, dont certains ont une valeur constitutionnelle, du service public auxquels les lois du 26 juillet 1996 pourraient porter atteinte, malgré « la présence réaffirmée du service public »¹⁰⁰.

Les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel ont expressément demandé au Conseil constitutionnel de contrôler trois aspects épars, et néanmoins lourds de conséquences à l'égard du service public, de la réforme des télécommunications. Il s'agit des dispositions relatives à la compétence juridictionnelle (A), de celles relatives au maintien du service public national des télécommunications dans le secteur public (B) et enfin de celles relatives au sort des agents de France Télécom (C).

A/ Service public et compétence juridictionnelle

Deux observations liminaires s'imposent. La première est qu'il s'agit peut-être ici avant tout de droit administratif ; mais, outre que les sénateurs attaquaient expressément l'article 8 de la loi de réglementation des télécommunications, les aspects *constitutionnels* de la répartition des compétences juridictionnelles entre les ordres administratif et judiciaire sont suffisamment nombreux et ardues pour que soit développé ici cet aspect de la réforme des télécommunications. La seconde observation est qu'il sera question ici non seulement de service public, mais aussi des autres critères de la compétence administrative contentieuse : l'exercice de *prérogatives de puissance publique*, la *domanialité publique* et le critère *organique* ; mais ces notions traditionnelles sont souvent liées dans notre droit public.

L'article 8 de la loi n° 96-659 insère dans le Code des postes et télécommunications un article L. 36-8 dont le IV confie à l'ordre judiciaire la compétence pour connaître des recours formés contre les décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications¹⁰¹. Les sénateurs auteurs de la saisine dirigée contre la loi de réglementation des télécommunications reprochaient à ces dispositions de méconnaître « la compétence naturelle du juge administratif sans qu'une bonne administration de la justice puisse en être la justification »¹⁰². Le gouvernement observait, en revanche, d'abord que le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle¹⁰³, ensuite que le contentieux ainsi confié au

juge judiciaire relevait du droit privé¹⁰⁴ et, enfin et surtout, que même dans l'hypothèse où serait en cause le principe constitutionnel selon lequel le contentieux de la légalité des actes des autorités administratives pris dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique relève de la compétence administrative, « les conditions mises par la jurisprudence pour que le législateur puisse y déroger seraient en tout état de cause réunies »¹⁰⁵. Le Conseil constitutionnel élabore une solution en deux temps : d'une part, il qualifie expressément ces décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications de *prérogatives de puissance publique*¹⁰⁶ ; d'autre part, le Conseil constitutionnel considère que ces décisions ayant pour objet de trancher des litiges de nature *commerciale ou technique*¹⁰⁷, le transfert de compétence opéré le législateur répond au souci d'une *bonne administration de la justice*¹⁰⁸.

Il s'agit de comparer ces motifs du Conseil constitutionnel, avec les considérants qu'il développait dans sa décision du 23 janvier 1987 concernant le Conseil de la concurrence¹⁰⁹. L'on observe alors la confirmation du principe fondamental reconnu par les lois de la République consacré dès 1987 : le Conseil constitutionnel fait expressément référence à son considérant de principe¹¹⁰ et réitère les conditions de la constitutionnalité des transferts de compétence contentieuse¹¹¹.

Il convient également de soulever la question des critères admis par le Conseil constitutionnel comme relevant d'une bonne administration de la justice. Deux critères traditionnels sont envisageables : le critère organique (tout le contentieux des décisions d'une *autorité* relève alors de la compétence de l'ordre

introduite par le *Livre vert relatif à la libéralisation des infrastructures* de 1987, à partir de la notion forgée aux États-Unis, d'abord pour justifier la situation monopolistique de la compagnie A.T.T., puis pour motiver son démantèlement. V. : DEBÈNE (Marc), RAYMUNDIE (Olivier), "Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ?", *A.J.D.A.*, n° 3, 20 mars 1996, p. 183-191 ; LARCHER (Gérard), *Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi [...] de réglementation des télécommunications*, préc., t. I, p. 15.

¹⁰⁰ MAISL (Herbert), "La nouvelle réglementation des télécommunications", préc., p. 771.

¹⁰¹ Art. L. 36-8-IV, C.P.T. — Les recours contre les décisions et mesures conservatoires prises par l'Autorité de régulation des télécommunications en application du présent article [I et II] sont de la compétence de la cour d'appel de Paris.

¹⁰² Saisine du Conseil constitutionnel en date du 24 juin 1996 présentée par plus de soixante sénateurs [...], préc., p. 11404.

¹⁰³ Cet argument ne semble pas répondre directement au moyen soulevé par les requérants ; il ne sera au demeurant pas utilisé par le Conseil constitutionnel.

¹⁰⁴ Il s'agit de différends d'ordre contractuel et commercial entre les acteurs économiques que sont les opérateurs de télécommunications.

¹⁰⁵ Observations du gouvernement en réponse à la saisine du Conseil constitutionnel en date du 24 juin 1996 par plus de soixante sénateurs, préc., p. 11407.

¹⁰⁶ C.C., n° 96-378 D.C., 23 juill. 1996, préc. : « Les décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications, autorité administrative, prises en application des I et II de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, qui s'imposent aux parties qui ont saisi cette autorité, constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique » — souligné par nous.

¹⁰⁷ Même lorsque les conventions conclues entre les opérateurs de télécommunication portent sur le partage de réseaux dont l'infrastructure peut occuper le domaine public.

¹⁰⁸ C.C., n° 96-378 D.C., 23 juill. 1996, préc. : « Au cas où les opérateurs n'auront pas choisi de saisir l'Autorité de régulation, les litiges seront portés selon le cas, soit devant le Conseil de la concurrence et, en cas de contestation, devant la cour d'appel de Paris, soit devant le juge du contrat ; [...] la loi déferée tend ainsi à unifier, sous le contrôle de la Cour de cassation, l'ensemble des contentieux spécifiques visés aux I et II de l'article L. 36-8 ; [...] cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle peut être justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice ».

¹⁰⁹ C.C., n° 86-224 D.C., 23 jan. 1987, préc.

¹¹⁰ *Idem* : « Conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » — souligné par nous.

¹¹¹ *Idem* ; et n° 96-378, 23 juill. 1996, préc. : « Lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé » — souligné par nous.

administratif ou bien de l'ordre judiciaire) ou le critère matériel (tout le contentieux des décisions intervenant dans une *matière* est alors unifié auprès de l'un des deux ordres). Les requérants prétendaient que le souci d'une bonne administration de la justice ne pouvait couvrir l'inconstitutionnalité de la loi de réglementation des télécommunications, car le contentieux des décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications se trouverait scindé entre les deux ordres juridictionnels ; leur argumentation se fondait donc sur le *critère organique*. Mais le Conseil constitutionnel rejette ce moyen en rappelant que le critère organique n'est pas exclusif et que les dispositions litigieuses répondent au souci d'unification du contentieux selon le *critère matériel* : toutes les décisions de l'Autorité de régulation des télécommunications intervenues dans les matières énumérées aux I et II de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications (contentieux des conventions d'interconnexion, contentieux provisoire de la mise en conformité des conventions de fourniture de services de télécommunications, contentieux des conventions de partage des infrastructures, etc.) concernent des relations de nature contractuelle et commerciale entre les opérateurs de télécommunications et peuvent donc relever du seul juge judiciaire.

Mais alors, et enfin, cette question des critères pose le problème d'une certaine remise en cause du critère (matériel) de *l'occupation du domaine public*, fondant en principe la compétence administrative contentieuse. En effet, les conventions conclues entre les opérateurs de télécommunications pour le partage des infrastructures peuvent entraîner une occupation commune du domaine public, ce que prévoient les articles L. 36-8-II-2^o et L. 47, alinéa 3, du code des postes et télécommunications. Les sénateurs auteurs de la saisine soulevaient ce moyen, le gouvernement estimait qu'il s'agissait d'une lecture erronée de la loi de réglementation des télécommunications, le Conseil constitutionnel enfin est resté muet sur cette question — l'on peut regretter ce mutisme constitutionnel.

B/ Service public national et secteur public

Il s'agit de l'un des éléments fondamentaux de la réforme, qui a non seulement soulevé l'intérêt du juriste mais aussi motivé la saisine du Conseil constitutionnel par les députés. L'article 1^{er} de la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom transforme cet "exploitant public" en une société anonyme¹¹². Dès lors se pose la question, de nature constitutionnelle, de la relation entre service public national et secteur public : l'entreprise France Télécom appartient-elle encore à ce secteur, ou bien fait-elle l'objet d'une privatisation ?

Les auteurs de la saisine estimaient que les dispositions de l'article 1^{er} de la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom étaient contraires au neuvième alinéa du préambule de

la Constitution du 27 octobre 1946¹¹³, en ce qu'elles ne garantissaient pas suffisamment le maintien de France Télécom dans le secteur public : elles ouvriraient, selon eux, la voie à la privatisation totale de l'entreprise nationale ; les députés rappelaient notamment dans leur saisine le précédent que constitue la privatisation de l'entreprise Renault. Le gouvernement faisait toutefois observer que cette argumentation manquait de fondement et constituait pour l'essentiel un procès d'intention fait à la volonté supposée et future du législateur. Le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen soulevé par les auteurs de la saisine, en considérant d'une part que le législateur avait confirmé le caractère de service public national de France Télécom, et d'autre part que l'exigence de la participation majoritaire de l'État dans le capital de cette société anonyme, dont l'abandon ne pourrait résulter que d'une loi ultérieure, constituait une garantie contre tout risque de privatisation.

L'importance de ces motifs du Conseil constitutionnel rend nécessaire un commentaire plus attentif.

Il convient avant tout d'observer que le service public des télécommunications constitue un service public national. Il s'agit plus précisément d'un service public national *d'opportunité*, et il appartient donc au législateur de conserver ce caractère de service public national¹¹⁴ ; et non d'un service public national *constitutionnel*, exigé par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Il convient en outre d'observer que la nature publique ou privée de la personne morale gérant un service public national importe peu ; simplement, les juges administratif¹¹⁵ et constitutionnel¹¹⁶ exigent que l'État détienne au moins 50% du capital social de l'entreprise gérant un service public national. Il convient enfin d'observer que la nouvelle rédaction de l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1990 impose et garantit expressément cette participation majoritaire ; dès lors, l'abandon de cette exigence ne pourrait résulter que d'une loi ultérieure. Le législateur semble ainsi assurer une protection suffisante, au regard de la Constitution, du principe de l'appartenance du service public national au secteur public¹¹⁷.

¹¹² L. n^o 90-568 du 2 juill. 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, préc. ; modifiée par Art. 1^{er}, L. n^o 96-660 du 26 juill. 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, préc. : Art. 1^{er}-1, al. 1^{er} — La personne morale de droit public France Télécom [...] est transformée à compter du 31 décembre 1996 en une entreprise nationale dénommée France Télécom dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social.

¹¹³ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 9 — 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.

¹¹⁴ C.C., n^o 86-207 D.C., 25-26 juin 1986, *Rec.*, p. 61 : « Si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de 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 selon les cas » ; n^o 87-232 D.C., 7 jan. 1988, *Rec.*, p. 17 : « La distribution de prêts bonifiés n'a pas le caractère d'un service public exigé par la Constitution [...] il était loisible au législateur de transférer l'organisme exerçant cette activité du secteur public au secteur privé ».

¹¹⁵ C.E., Ass., 24 nov. 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique (C.F.D.T.) et autres*, *Rec. Lebon*, p. 465 ; Ass., 22 nov. 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, *Rec. Lebon*, p. 436.

¹¹⁶ C.C., n^o 86-207 D.C., 25-26 juin 1986, préc. ; n^o 86-217 D.C., 18 sept. 1986, préc.

¹¹⁷ BOITEAU (Claudie), "L'entreprise nationale France Télécom (Commentaire de la loi n^o 96-660 du 26 juillet 1996)", préc., p. 380 : « En confirmant la qualité de service public national de France Télécom et en assurant la participation majoritaire de l'État dans le capital de l'entreprise, la loi est conforme aux prescriptions du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 34 de la Constitution de 1958. » ; CHEVALLIER (Jacques), "La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités", préc., p. 941 : « Le problème reste dès lors posé pour l'avenir, en cas d'abaissement de la participation de l'État au-dessous du seuil de 50% : si une loi est nécessaire, cela ne préjuge pas de sa constitutionnalité au regard des dispositions [...] du préambule de 1946. ».

L'on peut toutefois se demander si le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom n'aurait pas laissé ouverte une faille, par laquelle le législateur pourrait à l'avenir procéder à une réelle privatisation de cette entreprise. Deux raisons permettent de douter de l'absolue protection du principe du neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. La première est qu'il n'est pas absolument certain qu'une loi éventuelle abaissant ultérieurement en-deçà de 50% la participation de l'État au capital de l'entreprise France Télécom, sera déferée au Conseil constitutionnel. La seconde raison est à la fois plus juridique et plus sérieuse — et peut-être plus menaçante aussi : puisque le service public des télécommunications est un service public national *d'opportunité*, il appartient au législateur de lui faire perdre cette caractéristique. C'est peut-être déjà le cas (malgré la réaffirmation formelle du caractère national du service public des télécommunications) avec la loi de réglementation des télécommunications qui aménage la mise en concurrence de ce secteur. Rien n'interdit alors d'imaginer qu'une loi future puisse procéder à la privatisation de l'entreprise France Télécom, sans pour autant méconnaître le principe du neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et donc sans encourir la censure du Conseil constitutionnel, même dans l'hypothèse où il serait conduit à se prononcer¹¹⁸.

En définitive, il semble que, tout en *interdisant la privatisation actuelle* de l'entreprise nationale France Télécom, les motifs de la décision de conformité de l'article 1^{er} de la loi n° 96-660 *n'excluent pas la privatisation ultérieure* de cette entreprise.

C/ Service public et fonction publique

Ce troisième aspect de la réforme, dont les députés demandaient expressément le contrôle de la constitutionnalité, intéresse peut-être moins le juriste que les personnels de France Télécom, en premier lieu concernés. Mais les précautions oratoires et un peu embarrassées¹¹⁹ dont le gouvernement et le législateur ont dû s'entourer à ce sujet constituent un indice des ambiguïtés juridiques que contient le statut des agents de France Télécom.

L'article 7 de la loi n° 96-660 porte-t-il atteinte au principe d'égalité de traitement des fonctionnaires ? Cette disposition aménage un congé de fin de carrière au profit de certains agents de l'entreprise nationale France Télécom (nouvel

article 30-1 de la loi du 2 juillet 1990¹²⁰), les fonctionnaires ayant obtenu ce congé de fin de carrière pouvant alors éventuellement se trouver dans une situation plus favorable que ceux relevant de l'article L. 24 du code des pensions pour le décompte des annuités de retraite. Le caractère très favorable du nouveau dispositif de congé de fin de carrière a pour objectif de rajeunir la pyramide des âges des effectifs de France Télécom en incitant les fonctionnaires en fin de carrière à anticiper la limite d'âge, ce qui permettrait le recrutement de jeunes diplômés¹²¹. Mais les députés auteurs de la saisine estimaient que : « À l'intérieur d'un même corps de fonctionnaires, la loi déferée pratique ainsi une exclusion discriminatoire qui ne saurait échapper à la censure »¹²². En revanche, le gouvernement faisait valoir que les deux régimes (le congé spécial de l'article 7 de la loi n° 96-660 d'une part, et l'article L. 24 du code des pensions d'autre part) obéissent à deux logiques bien différentes. Le Conseil constitutionnel s'est rallié aux arguments présentés par le gouvernement dans un considérant fort pédagogique : « Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons *d'intérêt général* dès lors que les différences de traitement qui en résultent sont en *rapport direct avec l'objet de la loi* qui l'établit ». L'on reconnaît ici la jurisprudence traditionnelle¹²³ et progressivement affinée, justifiant les dérogations au principe d'égalité notamment par des motifs tirés de *l'intérêt général*¹²⁴ en rapport avec *la finalité de la loi*¹²⁵ et à laquelle se soumet le droit de la fonction publique¹²⁶.

Au-delà de ce problème de dérogation justifiée au principe d'égalité de traitement des fonctionnaires, la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom introduit dans le droit de la fonction publique plusieurs innovations mises en valeur par la

¹¹⁸ SCHRAMECK (Olivier), "Loi de réglementation des télécommunication", préc., p. 695 : « Le législateur [est] le maître de la détermination juridique de la condition de nationalité qu'il s'applique à lui-même. Reste que pour l'avenir, même s'agissant d'un service public qui n'est pas constitutionnel par nature, il devra, s'il entend le privatiser, s'assurer qu'il l'a effectivement privé ce faisant des caractéristiques du service public national. ».

¹¹⁹ GAILLARD (Claude), *Rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi [...] relatif à l'entreprise nationale France Télécom*, préc., p. 19 : « Votre rapporteur a toujours estimé que l'intérêt général exigeait que l'appartenance à la fonction publique de l'État des agents fonctionnaires de France Télécom ne devrait pas être remise en cause par la modification de la forme juridique de l'entreprise. [...] En fait, l'opérateur public a besoin avant tout d'une *cohésion* de ses personnels [...] ; une mauvaise gestion sociale de la réforme ne peut que nuire à France Télécom mais également à tout le secteur public économique où sont employés des fonctionnaires. [...] Il faut reconnaître que la gestion de personnels occupant les mêmes postes et poursuivant les mêmes carrières mais ayant *deux statuts différents* ne sera pas aisée. » — souligné par nous.

¹²⁰ L. n° 90-568 du 2 juill. 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, préc. ; modifiée par Art. 7, L. n° 96-660 du 26 juill. 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, préc. :

Art. L. 30-1, al. 1^{er} — Jusqu'au 31 décembre 2006, les agents fonctionnaires affectés à France Télécom à la date de promulgation de la présente loi et âgés d'au moins cinquante-cinq ans, à l'exception des agents pouvant prétendre à une pension à jouissance immédiate au titre des 1^o et 2^o du I de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite, peuvent, sur leur demande et sous réserve de l'intérêt du service, bénéficier d'un congé de fin de carrière, s'ils ont accompli au moins vingt-cinq ans de services à France Télécom [...].

¹²¹ France Télécom prévoit de recruter au total quelques 6.000 nouveaux agents en remplacement des fonctionnaires anticipant l'âge de la retraite.

L'on peut observer que France Télécom pourra recruter des fonctionnaires jusqu'au 1^{er} janvier 2002 (Art. 29-1-1, al. 2, L. n° 90-568 modifiée, préc.). Toutefois, procéder à ces nouveaux recrutements par la voie contractuelle (Art. 29-1-1, al. 3, L. n° 90-568 modifiée, préc.) sera plus conforme à l'intérêt de cet employeur de droit privé : le recrutements de nouveaux fonctionnaires devrait donc rester exceptionnel et la proportion d'agents contractuels de France Télécom croître significativement et rapidement. En toute hypothèse, ces recrutements constituent une simple éventualité et aucunement une certitude, notamment en considération de la réduction des effectifs qui a suivi la privatisation de *British Telecom* en 1982 et de la réduction actuelle des effectifs de France Télécom, pourtant cinquième employeur national (170.000 agents en 1986, 150.000 aujourd'hui, 125.000 prévus dans dix ans).

¹²² Saisine du Conseil constitutionnel en date du 3 juillet 1996 présentée par plus de soixante députés [...], préc., p. 11410.

¹²³ C.C., n° 79-101 D.C., 17 jan. 1979, *Rec.*, p. 23.

¹²⁴ C.C., n° 79-107 D.C., 12 juill. 1979, *Rec.*, p. 31 ; n° 94-348 D.C., 3 août 1994, *Rec.*, p. 117. V. : DESWARTE (Marie-Pauline), "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *R.F.D.C.*, n° 13, 1993, p. 23-58.

¹²⁵ C.C., n° 83-164 D.C., 29 déc. 1983, *Rec.*, p. 67 ; n° 93-331 D.C., 13 jan. 1994, *Rec.*, p. 17. V. *a contrario* : C.C., n° 91-302 D.C., 30 déc. 1991, *Rec.*, p. 137.

¹²⁶ C.C., n° 76-67 D.C., 15 juill. 1976, *Rec.*, p. 35 ; n° 82-153 D.C., 14 jan. 1983, *Rec.*, p. 35 ; n° 93-336 D.C., 27 jan. 1994, *Rec.*, p. 47.

doctrine¹²⁷, dont la plus remarquable¹²⁸ est sans conteste la *faculté ouverte à une personne morale de droit privé de recruter provisoirement des fonctionnaires*¹²⁹. La loi porte ainsi un coup au critère organique caractérisant la relation juridique entre l'agent public et son employeur, ce qui appelle trois observations : la première est que les députés auteurs de la saisine n'ont pas expressément demandé au Conseil constitutionnel de contrôler cet aspect de la loi n° 96-660 ; la deuxième est que le gouvernement avait pris la précaution de demander un avis au Conseil d'État¹³⁰ sur la constitutionnalité de ce dispositif¹³¹ ; enfin, la troisième observation est que l'ensemble des dispositions de l'article 5 de la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom est implicitement conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel ayant considéré qu'il n'y avait lieu de soulever d'office aucune question.

*
* *

En définitive, il semble que les lois du 26 juillet 1996 mettent indirectement en cause certaines exigences de la notion de service public. Outre l'insuffisante protection du principe constitutionnel de continuité déjà évoquée¹³², se pose la question des principes d'égalité et de mutabilité.

D'une part, le principe d'égalité est expressément consacré par la loi de réglementation des télécommunications¹³³. Toutefois, et sans chercher à anticiper sur des évolutions futures, l'on peut du moins s'interroger sur la *pérennité du principe d'égalité* dans le service des télécommunications, au regard des nécessités du marché. Il ne s'agit plus ici de la seule question de l'égalité de traitement des fonctionnaires (cet aspect n'est sans doute pas le plus important et le Conseil constitutionnel s'est prononcé à ce sujet), mais aussi et surtout du problème de *l'égalité des usagers du service public* : à cet égard, il convient d'observer que la mise en œuvre de la concurrence entre les exploitants, recherchée par le législateur, n'est ni l'équivalent ni la garantie du principe constitutionnel d'égalité.

D'autre part, il faut évoquer ici la mutabilité du service public des télécommunications¹³⁴ pour conclure ce commentaire des décisions du 23 juillet 1996. En effet, des trois Lois de

Rolland, le principe de mutabilité est assurément celui dont la valeur est la plus faible, dont les effets sont les plus ambigus... et pourtant celui qui s'accommode le mieux des lois du 26 juillet 1996. C'est la *mutation historique que connaît le service public des télécommunications* qui semble le plus remarquable dans ces deux lois. Au demeurant M. Gérard Larcher ne faisait-il pas, en introduction d'un rapport parlementaire, du *changement* le « seul horizon »¹³⁵ de France Télécom ? Les aspects de la mutation du service public des télécommunications sont multiples. Il y a d'abord des changements de circonstances juridiques avec l'intervention de plus en plus pressante du droit communautaire dans le droit public économique en général et dans le secteur des télécommunications en particulier. Mais si le droit communautaire rendait nécessaire l'ouverture à la concurrence et la libéralisation de ce secteur, il n'imposait pas, à lui seul, le bouleversement du statut de France Télécom. C'est un second facteur d'évolution, d'ordre économique, qui semble justifier la réforme organique. En effet, ce mouvement qu'il est désormais convenu d'appeler la "mondialisation" de l'économie est particulièrement puissant dans le secteur des télécommunications. Les grands opérateurs nationaux nouent, dans ce contexte d'internationalisation, des alliances stratégiques. La transformation de France Télécom en société anonyme permettait seule de procéder à des participations croisées aux niveaux européen et mondial. Le troisième et dernier facteur d'évolution est l'innovation technologique. L'ère du multimédia fusionne des moyens de communication que l'on avait jusqu'alors pu croire distincts. La loi de réglementation des télécommunications accompagne certaines de ces innovations ; elle prévoit, notamment, le principe indispensable à l'usager de la "portabilité" du numéro d'abonné à l'aube du troisième millénaire¹³⁶. Au-delà des deux lois du 26 juillet 1996, l'on peut également observer les apports récents de la loi relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information¹³⁷. Ainsi, il est clair que, des trois lois de Rolland, c'est le principe de mutabilité, dont la valeur est la plus faible et la portée la plus incertaine, que le législateur a souhaité protéger et développer plus particulièrement.

Et, malgré la pugnacité des députés et des sénateurs auteurs des deux saisines, cette évolution remarquable a su, pour l'essentiel, éviter la censure du Conseil constitutionnel.

¹²⁷ CHEVALLIER (Jacques), "la nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités", préc., p. 943-946 ; BOITEAU (Claudie), "L'entreprise nationale France Télécom (Commentaire de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996)", préc., p. 381-384.

¹²⁸ Il ne s'agit plus simples *mises à disposition* ou *détachements* de fonctionnaires auprès d'un employeur (SEITA, GIAT, Société nationale des poudres, Caisse nationale de crédit agricole, Caisse nationale de prévoyance, etc.) ne pouvant recruter directement des fonctionnaires.

¹²⁹ L. n° 90-568 du 2 juill. 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, préc. ; modifiée par Art. 5, L. n° 96-660 du 26 juill. 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, préc. : Art. 29-1-1, al. 2 — L'entreprise nationale France Télécom peut procéder jusqu'au 1^{er} janvier 2002 à des recrutements externes de fonctionnaires pour servir auprès d'elle en position d'activité.

¹³⁰ Avis C.E., 18 nov. 1993, *E.D.C.E.*, n° 45, 1994, p. 320.

¹³¹ RICHER (Laurent), "Le statut des agents de France Télécom", *A.J.D.A.*, n° 6, 20 juin 1994, p. 463-468 ; RAPP (Lucien), "La privatisation de France Télécom : de « l'exemple français » à « l'exception culturelle »", *C.J.E.G.*, n° 500 *Spécial actualité de l'entreprise publique — Mélanges*, juin 1994, p. 351-373.

¹³² V. *supra*, II, C.

¹³³ Art. L. 32-I, C.P.T.

¹³⁴ Bien que la mutabilité n'ait aucune valeur constitutionnelle et que le Conseil constitutionnel ne se prononce aucunement en fonction de ce principe.

¹³⁵ LARCHER (Gérard), *L'avenir de France Télécom : un défi national*, préc., p. 11 : « France Télécom est confronté à une pluralité de défis. Tous peuvent pourtant se résumer en un mot : le changement. »

¹³⁶ Art. L. 34-10, al. 6, C.P.T. — À compter du 1^{er} janvier 2001, tout utilisateur peut, à sa demande :
- conserver son numéro s'il change d'opérateur sans changer d'implantation géographique ;
- obtenir de l'opérateur auprès duquel il est abonné un numéro lui permettant de changer d'implantation géographique ou d'opérateur en gardant ce numéro.

¹³⁷ L. n° 96-299 du 10 avr. 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information, préc.