Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MACIEJ SZPUNAR
présentées le 28 mai 2020 [1]

Affaire C-49/19

Commission européenne
contre

République portugaise

« Manquement d'État – Directive 2002/22/CE – Communications électroniques – Financement des obligations de service universel – Mécanisme de répartition – Principes de transparence, de distorsion minimale du marché, de non-discrimination et de proportionnalité »

I. Introduction

1. La directive 2002/22/CE [2] entend « créer un cadre réglementaire harmonisé qui garantisse la fourniture d'un service universel, c'est-à-dire d'un ensemble minimal de services déterminés à tous les utilisateurs finals à un prix abordable » [3], et traduit l'importance de l'accès de tous à certains services essentiels en matière de télécommunications. Les obligations de service universel mises en place par cette directive visent ainsi à pallier certains effets négatifs que la libéralisation du marché des télécommunications pourrait entraîner dans certaines zones géographiques ou pour certaines personnes dans l'Union européenne, qui se verraient sinon privées d'accès à des services indispensables [4].

2. Pour assurer la fourniture de ces services essentiels, les États membres peuvent charger une ou plusieurs entreprises de la fourniture du service universel. Cependant, ces obligations de service universel peuvent, dans certaines circonstances, n'être assumées qu'à perte par les entreprises qui en ont la charge ou à un coût net qui dépasse les conditions normales d'exploitation commerciale [5]. Dans une telle situation, les États membres établissent un mécanisme de financement de ces coûts afférents aux obligations de service universel. Deux solutions s'offrent à eux selon l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/22 : l'utilisation de fonds publics pour indemniser le fournisseur en charge du service universel pour la charge qu'il supporte ou l'instauration d'un mécanisme de répartition des coûts nets liés au service universel, auquel contribuent les différents opérateurs de télécommunications. La République portugaise a opté pour cette seconde solution.

1 Langue originale : le français.

2 Directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») (JO 2002, L 108, p. 51).

3 Arrêt du 19 juin 2008, Commission/France (C-220/07, non publié, EU:C:2008:354 point 28).

4 Slautsky, E., « Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale : quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union », *Cahiers de droit européen*, 2016, vol. 52, n° 3, p. 886.

5 Considérant 18 de la directive 2002/22. Voir, également, E. Slautsky, op. cit.

3. Le mécanisme de répartition prévu par la République portugaise présente toutefois une particularité. En effet, ce mécanisme prévoit notamment la mise en place d'une contribution extraordinaire visant à compenser les coûts afférents au service universel encourus avant la création du mécanisme de répartition. C'est la compatibilité de cette particularité avec l'article 13, paragraphe 3, et l'annexe IV, partie B, de la directive 2002/22 que met en cause la Commission européenne, estimant que la contribution extraordinaire en question ne respecte pas les exigences auxquelles doit répondre un mécanisme de répartition, telles que prévues par ces dispositions, à savoir les principes de transparence, de proportionnalité, de distorsion minimale de concurrence et de non-discrimination.

4. Par le présent recours en manquement, la Commission demande ainsi à la Cour de juger que, en établissant une contribution extraordinaire à la répartition du coût net afférent aux obligations de service universel à partir de l'année 2007, conformément à la Lei n.° 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal (loi n° 35/2012 sur le fonds de compensation du service universel), du 23 août 2012 [6], dans sa version applicable à la présente affaire, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 13, paragraphe 3, et de l'annexe IV, partie B, de la directive 2002/22.

5. La présente affaire offre donc à la Cour l'occasion de préciser la portée des exigences auxquelles doit répondre un mécanisme de répartition des coûts nets afférents au service universel.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

6. Les considérants 18 à 21 et 23 de la directive 2002/22 énoncent :

« (18) Les États membres devraient, lorsqu'il y a lieu, établir des mécanismes de financement du coût net afférent aux obligations de service universel dans les cas où il est démontré que ces obligations ne peuvent être assumées qu'à perte ou à un coût net qui dépasse les conditions normales d'exploitation commerciale. Il importe de veiller à ce que le coût net découlant des obligations de service universel soit correctement calculé et que les financements éventuels entraînent un minimum de distorsions pour le marché et les entreprises, et sont compatibles avec les dispositions des articles [107 et 108 TFUE].

(19) Le calcul du coût net du service universel devrait tenir dûment compte des dépenses et des recettes, ainsi que des avantages immatériels découlant de la fourniture du service universel, mais ne devrait pas compromettre l'objectif général d'une structure des tarifs qui rende compte des coûts. Les coûts nets qui découlent des obligations de service universel devraient être calculés selon des procédures transparentes.

(20) Tenir compte des avantages immatériels revient à dire qu'une estimation, en termes monétaires, des avantages indirects qu'une entreprise tire du fait de sa position en tant que fournisseur du service universel, devrait être déduite du coût net direct des obligations de service universel afin de déterminer le coût d'ensemble.

(21) Lorsqu'une obligation de service universel représente une charge excessive pour une entreprise, il y a lieu d'autoriser les États membres à établir des mécanismes efficaces de couverture des coûts nets. L'une des méthodes de couverture des coûts nets afférents aux obligations du service universel est le prélèvement sur des fonds publics. Il est également envisageable de compenser les coûts nets établis en mettant l'ensemble des utilisateurs à contribution de manière

6 *Diário da República*, 1re série, n° 163, du 23 août 2012

transparente par le biais de taxes prélevées sur les entreprises. Les États membres devraient être en mesure de financer les coûts nets des différents éléments du service universel par des mécanismes divers et/ou de financer les coûts nets de certains éléments ou de tous ces éléments soit par l'un de ces mécanismes soit par une combinaison des deux. Dans le cas d'une mise à contribution des entreprises, les États membres devraient veiller à ce que la méthode de répartition du prélèvement s'appuie sur des critères objectifs et non discriminatoires et respecte le principe de proportionnalité. Ce principe n'empêche pas les États membres d'exempter de contribution les nouveaux arrivants dont la part de marché n'est pas encore significative. Les mécanismes de financement devraient avoir pour but d'assurer la participation des acteurs du marché au seul financement des obligations de service universel, et non à des activités qui ne seraient pas directement liées à la fourniture du service universel. Les mécanismes de couverture devraient, dans tous les cas, respecter les principes du droit communautaire et, en particulier dans le cas de mécanismes de répartition du financement, ceux de la non-discrimination et de la proportionnalité. Un mécanisme de financement devrait être conçu de telle manière que les utilisateurs d'un État membre ne contribuent pas à la couverture des coûts du service universel dans un autre État membre, par exemple lorsqu'ils effectuent des appels d'un État membre à l'autre.

[...]

(23) Le coût net des obligations de service universel peut être réparti entre toutes les entreprises ou certains groupes spécifiés d'entreprises. Les États membres devraient veiller à ce que le mécanisme de répartition respecte les principes de transparence, de distorsion minimale du marché, de non-discrimination et de proportionnalité. Par "distorsion minimale du marché", on entend que les contributions devraient être récupérées d'une manière qui, dans la mesure du possible, réduise au minimum l'incidence de la charge financière supportée par les utilisateurs finals, par exemple par une répartition des contributions aussi large que possible. »

7. L'article 12 de la directive 2002/22, intitulé « Calcul du coût des obligations de service universel », prévoit :

« 1. Lorsque les autorités réglementaires nationales estiment que la fourniture du service universel, telle qu'elle est énoncée dans les articles 3 à 10, peut représenter une charge injustifiée pour les entreprises désignées comme fournisseurs de service universel, elles calculent le coût net de cette fourniture.

À cette fin, les autorités réglementaires nationales :

a) calculent le coût net de l'obligation de service universel, compte tenu de l'avantage commercial éventuel que retire une entreprise désignée pour fournir un service universel, conformément aux indications données à l'annexe IV, partie A, ou

b) utilisent le coût net encouru par la fourniture du service universel et déterminé par mécanisme de désignation conformément à l'article 8, paragraphe 2.

2. Les comptes et/ou toute autre information servant de base pour le calcul du coût net des obligations de service universel effectué en application du paragraphe 1, point a), sont soumis à la vérification de l'autorité réglementaire nationale ou d'un organisme indépendant des parties concernées et agréé par l'autorité réglementaire nationale. Le résultat du calcul du coût et les conclusions de la vérification sont mis à la disposition du public. »

8. L'article 13 de la directive 2002/22, intitulé « Financement des obligations de service universel », dispose :

« 1. Lorsque, sur la base du calcul du coût net visé à l'article 12, les autorités réglementaires nationales constatent qu'une entreprise est soumise à une charge injustifiée, les États membres décident, à la demande d'une entreprise désignée :

a) d'instaurer un mécanisme pour indemniser ladite entreprise pour les coûts nets tels qu'ils ont été calculés, dans des conditions de transparence et à partir de fonds publics, et/ou

b) de répartir le coût net des obligations de service universel entre les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques.

2. En cas de répartition du coût comme prévu au paragraphe 1, point b), les États membres instaurent un mécanisme de répartition géré par l'autorité réglementaire nationale ou un organisme indépendant de ses bénéficiaires, sous la surveillance de l'autorité réglementaire nationale. Seul le coût net des obligations définies dans les articles 3 à 10, calculé conformément à l'article 12, peut faire l'objet d'un financement.

3. Un mécanisme de répartition respecte les principes de transparence, de distorsion minimale du marché, de non-discrimination et de proportionnalité, conformément aux principes énoncés dans l'annexe IV, partie B. Les États membres peuvent choisir de ne pas demander de contributions aux entreprises dont le chiffre d'affaires national est inférieur à une limite qui aura été fixée.

4. Les éventuelles redevances liées à la répartition du coût des obligations de service universel sont dissociées et définies séparément pour chaque entreprise. De telles redevances ne sont pas imposées ou prélevées auprès des entreprises ne fournissant pas de services sur le territoire de l'État membre qui a instauré le mécanisme de répartition. »

9. L'article 14 de la directive 2002/22, intitulé « Transparence », dispose :

« 1. Lorsqu'un mécanisme de répartition du coût net des obligations de service universel visé à l'article 13 est établi, les autorités réglementaires nationales veillent à ce que les principes de répartition du coût et les précisions concernant ce mécanisme soient mis à la disposition du public.

2. Dans le respect de la réglementation communautaire et nationale en matière de secret des affaires, les autorités réglementaires nationales veillent à ce que soit publié un rapport annuel indiquant le coût des obligations de service universel tel qu'il a été calculé, énumérant les contributions faites par toutes les entreprises concernées et signalant les avantages commerciaux, dont la ou les entreprises désignées pour fournir un service universel ont pu bénéficier, dans le cas où un fonds a été mis en place et fonctionne effectivement. »

10. Aux termes de l'annexe IV, partie B, de la directive 2002/22 :

« Les coûts nets imputables aux obligations de service universel peuvent être couverts ou financés en accordant aux entreprises désignées assumant des obligations de service universel une indemnisation en échange des services fournis à des conditions non commerciales. Cette indemnisation entraînant des transferts financiers, les États membres doivent garantir qu'ils sont effectués de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée. Autrement dit, ces transferts doivent entraîner la distorsion la plus faible possible de la concurrence et de la demande des usagers.

Conformément à l'article 13, paragraphe 3, un mécanisme de répartition s'appuyant sur un fonds doit utiliser un mécanisme transparent et neutre pour collecter les contributions, qui évite d'imposer doublement les entrées et les sorties des entreprises.

L'organisme indépendant qui administre le fonds est chargé de percevoir les contributions des entreprises jugées aptes à contribuer au coût net des obligations de service universel dans l'État membre concerné. Cet organisme surveille également le transfert des sommes dues et/ou les paiements d'ordre administratif effectués en faveur des entreprises habilitées à recevoir des paiements en provenance du fonds. »

B. Le droit portugais

11. La Lei n.° 5/2004 das Comunicações Eletrónicas (loi nº 5/2004 sur les communications électroniques), du 10 février 2004[7], telle que modifiée en dernier lieu par le Decreto-Lei n.° 92/2017 (décret-loi nº 92/2017), du 31 juin 2017[8] (ci-après la « loi nº 5/2004 »), a abrogé le Decreto-Lei n.° 458/99 (décret-loi nº 458/99), du 5 novembre 1999[9] et a transposé dans l'ordre juridique portugais la directive 2002/22.

12. L'article 97 de la loi nº 5/2004 prévoit :

« 1. Après établissement de l'existence de coûts nets afférents au service universel considérés comme excessifs par l'autorité réglementaire nationale, il incombe au gouvernement, à la demande des fournisseurs respectifs, de mettre en place une compensation adéquate par l'un ou l'ensemble des deux mécanismes suivants :

a) un prélèvement sur des fonds publics ;

b) une répartition du coût entre les autres entreprises qui fournissent sur le territoire national des réseaux et services de communications électroniques accessibles au public.

2. Lorsque le mécanisme prévu au point b) du paragraphe précédent est appliqué, un fonds de compensation doit être établi, auquel contribuent les entreprises fournissant des réseaux et services de communications électroniques accessibles au public, administré par l'autorité réglementaire nationale ou par un autre organisme indépendant désigné par le gouvernement et placé sous la supervision de l'autorité réglementaire nationale.

3. Les critères de répartition du coût net du service universel entre les entreprises tenues de contribuer sont définis par le gouvernement, dans le respect des principes de transparence, de distorsion minimale du marché, de non-discrimination et de proportionnalité.

[...] »

13. La loi nº 35/2012 a mis en place un fonds de compensation du service universel de communications électroniques afin de financer les coûts nets découlant du respect des obligations de service universel et de garantir le partage de ces coûts entre les entreprises tenues d'y contribuer.

14. L'article 1er de cette loi, qui identifie l'objet de celle-ci, prévoit la création du fonds de compensation du service universel de communications électroniques visé à l'article 97, paragraphe 2, de la loi nº 5/2004 et la fixation du critère de répartition des coûts nets afférents à ce service entre les entreprises tenues de contribuer.

7 *Diário da República*, 1re série, nº 34, du 10 février 2004.

8 *Diário da República*, 1re série, nº 146, du 31 juillet 2017.

9 *Diário da República*, 1re série, nº 258, du 5 novembre 1999.

15. Selon l'article 2, paragraphe 1, de la loi nº 35/2012, « le fonds de compensation respecte dans son fonctionnement les principes de transparence, de non-discrimination, de proportionnalité et de distorsion minimale du marché ».

16. L'article 6 de cette loi prévoit :

« Le fonds de compensation sert à financer les coûts nets du service universel déterminés dans le cadre des procédures d'appel d'offres visées à l'article 99, paragraphe 3, de la loi nº 5/2004 [...], modifiée et consolidée par la loi nº 51/2011 du 13 septembre 2011, et considérés comme excessifs par l'Autoridade Nacional de Comunicações [Autorité nationale des communications (Anacom)] conformément aux dispositions de l'article 95, paragraphe 1, point b), et de l'article 97 de la même loi, ainsi qu'à financer les coûts nets du service universel visés au chapitre V. »

17. L'article 17 de ladite loi, intitulé « Financement des coûts nets pour la période antérieure à la désignation par appel d'offres », dispose :

« 1. Le fonds de compensation institué par la présente loi doit également permettre la compensation des coûts nets du service universel encourus jusqu'au début de la fourniture du service universel par le ou les fournisseurs de services désignés conformément à l'article 99, paragraphe 3, de la loi nº 5/2004 [...], modifiée et consolidée par la loi nº 51/2011 du 13 septembre 2011, aux conditions cumulatives suivantes :

a) l'existence de coûts nets est établie à la suite d'une vérification et ces coûts sont considérés comme excessifs par l'[Anacom] en vertu des dispositions de l'article 95, paragraphe 1, point a), de l'article 95, paragraphe 2, et des articles 96 et 97 de la loi nº 5/2004 [...], telle que modifiée et consolidée par la loi nº 51/2011 du 13 septembre 2011 ;

b) le fournisseur du service universel demande au gouvernement la compensation des coûts visés au paragraphe précédent.

2. Le montant des coûts nets à compenser au titre de la période antérieure à la désignation à la suite d'un appel d'offres correspond au montant qui viendrait à être approuvé par l'[Anancom], dans les termes prévus au paragraphe précédent, sous a). »

18. L'article 18, paragraphe 1, de la même loi prévoit que « [l]es entreprises fournissant des réseaux de communications publics et/ou des services de communications électroniques accessibles au public sur le territoire national sont tenues de verser une contribution extraordinaire au fonds de compensation pour chacun des exercices 2013, 2014 et 2015. Cette contribution extraordinaire est exclusivement destinée au financement des coûts nets visés à l'article précédent, approuvés par l'[Anacom] au cours de ces années ».

19. Conformément à l'article 18, paragraphe 5, de la loi nº 35/2012, la « contribution extraordinaire visée au paragraphe 1 représente 3 % du chiffre d'affaires annuel éligible de chaque entité, dans le respect des plafonds fixés aux points suivants ».

20. Aux termes de l'article 18, paragraphe 6, de cette loi, le « montant de la contribution extraordinaire que doit verser chaque entreprise ne peut jamais dépasser la valeur qui résulterait de la répartition des coûts nets visée par l'article 17, paragraphe 2, par les entreprises ayant l'obligation de contribuer, proportionnellement à leur chiffre d'affaires éligible ».

21. Selon l'article 20 de ladite loi, le montant de la contribution extraordinaire correspondant à chaque exercice peut être payé tout au long d'une période de cinq ans.

III. Les antécédents du litige

A. Les faits à l'origine du litige

22. Par le Decreto-Lei n.° 31/2003 (décret-loi nº 31/2003), du 17 février 2003, qui a modifié les bases de la concession du service public de télécommunications au Portugal, la société PT Comunicações (ci-après « PTC ») a été désignée en tant que fournisseur du service universel jusqu'en 2025.

23. En tant que fournisseur du service universel, PTC a présenté à plusieurs reprises des estimations des coûts nets du service universel, ainsi que des demandes de dédommagement des marges négatives pour les années 1996 à 1999, 2000, puis 2001, 2002, et 2003. L'Anacom a cependant rejeté ces différentes demandes de dédommagement.

24. À la suite de l'adoption de la loi nº 5/2004 et d'une demande de PTC formulée en juillet 2007, l'Anacom a adopté, le 9 juin 2011 et après une procédure de consultations publiques et d'auditions préalables des intéressés, deux résolutions précisant, d'une part, la notion de « charge excessive » au sens de l'article 97 de la loi nº 5/2004 et, d'autre part, la méthodologie à utiliser pour calculer les coûts nets du service universel.

25. Sur ces fondements, l'Anacom a estimé que la fourniture du service universel par PTC jusqu'en 2006 ne constituait pas une charge excessive. L'Anacom a par ailleurs décidé d'appliquer, pour la période postérieure au 1er janvier 2007 et jusqu'à ce que le ou les fournisseurs du service universel désignés par appel d'offres entament la fourniture de ce service, la méthodologie de calcul des coûts nets du service universel approuvée.

26. La loi nº 35/2012 a alors été adoptée, permettant la création du fonds de compensation du service universel de communications électroniques et impliquant la mise en œuvre d'une contribution extraordinaire pour permettre la compensation des coûts nets encourus par PTC antérieurement à la désignation par appel d'offres.

27. En vertu des résolutions de l'Anacom et de la loi nº 35/2012, et à la suite de la présentation des estimations correspondantes par PTC, les coûts nets du service universel pour la période allant de l'année 2007 à l'année 2009 ont été contrôlés et le montant final a été approuvé par l'Anacom le 19 septembre 2013. Les coûts nets pour 2010 et 2011 ont été approuvés le 20 novembre 2014, tandis que, au cours de l'année 2015, l'Anacom a adopté une décision finale concernant les résultats de la vérification relative aux coûts nets pour les années 2012 et 2013.

28. L'Anacom a par la suite, dans trois autres décisions, identifié les entités tenues de contribuer au fonds de compensation du service universel de communications électroniques et fixé le montant des contributions extraordinaires relatives aux coûts nets du service universel devant être indemnisés pour les périodes allant de 2007 à 2009, de 2010 à 2011, et de 2012 à 2013.

29. Ainsi, les contributions extraordinaires des années 2013, 2014 et 2015 étaient destinées à compenser le montant final des coûts nets, respectivement, des exercices 2007, 2008 et 2009, des exercices 2010 et 2011, et des exercices 2012 et 2013.

30. Dans le même temps, la République portugaise a lancé trois appels d'offres pour sélectionner le ou les opérateurs qui seraient désignés comme fournisseur(s) du service universel, et de nouveaux opérateurs ont été choisis en tant que fournisseurs du service universel en ce qui concerne la connexion à un réseau de communications public en position déterminée et la fourniture de services téléphoniques accessibles au public. PTC a, quant à elle, été sélectionnée pour la fourniture du service

universel de mise à disposition de postes téléphoniques payants sur le territoire national [10]. Les contrats avec ces opérateurs sont entrés en vigueur au plus tard le 1er juin 2014, date à laquelle le précédent contrat de concession du service universel conclu avec PTC a cessé de produire ses effets.

B. La procédure précontentieuse

31. Le 13 décembre 2012, la Commission a envoyé, par l'intermédiaire du système EU Pilot, une lettre à la République portugaise dans laquelle elle demandait des éclaircissements sur la compatibilité du fonds de compensation du service universel prévu par la loi nº 35/2012 avec l'article 13 et l'annexe IV, partie B, de la directive 2002/22, notamment en ce qui concerne la compensation des coûts nets supportés par le fournisseur du service universel, PTC, dans le passé et au cours d'une période antérieure à sa nouvelle désignation par procédure d'appel d'offres en qualité de fournisseur du service universel.

32. Le 21 février 2013, les autorités portugaises ont répondu à cette demande. Elles ont fourni des informations supplémentaires lors d'une réunion avec les services de la Commission tenue le 23 octobre 2014, puis par une lettre du 5 décembre 2014.

33. Le 27 février 2015, la Commission a adressé à la République portugaise une lettre de mise en demeure. Dans leur réponse du 29 avril 2015, les autorités portugaises ont soutenu que la législation portugaise et sa mise en œuvre devaient être considérées comme étant compatibles avec les exigences de la directive 2002/22, et plus particulièrement avec les principes de transparence, de distorsion minimale du marché, de non-discrimination et de proportionnalité.

34. Après examen de cette réponse, la Commission a adressé à la République portugaise un avis motivé par une lettre du 29 avril 2016, invitant cet État membre à prendre les mesures nécessaires pour se conformer à l'avis motivé dans un délai de deux mois à compter de sa réception.

35. Les autorités portugaises ont répondu à l'avis motivé par une lettre du 1er juillet 2016 et ont complété cette réponse par une seconde lettre du 14 octobre 2016 faisant suite à une réunion avec les services de la Commission du 7 septembre 2016. Les autorités portugaises ont fourni à la Commission de nouvelles informations relatives aux procédures d'audition des opérateurs et aux litiges dans le domaine en cause, aux données sur le pourcentage du montant de la contribution par rapport au chiffre d'affaires des opérateurs et du secteur, aux opérateurs présents sur le marché au cours de l'année 2007 par rapport à la situation en vigueur et à l'état du paiement de la contribution extraordinaire.

36. Deux autres réunions ont eu lieu entre la Commission et les autorités portugaises aux mois de janvier et de juillet 2017. Au cours de cette dernière réunion, plusieurs solutions ont été examinées en vue de résoudre le différend entre les parties. Par la suite, la Commission a demandé qu'une proposition de solution lui soit soumise, assortie de l'indication d'un délai d'exécution. Dans deux lettres du 14 mars 2017 et du 12 septembre 2018, les autorités portugaises, d'une part, ont proposé l'organisation d'une nouvelle réunion et, d'autre part, ont fait observer qu'elles estimaient prudent d'attendre les résultats des procédures engagées par certains opérateurs devant les juridictions nationales et ayant pour objet l'interprétation de la loi nº 35/2012 en cause.

10 Resolução do Conselho de Ministros n.º 66-A/2013 (résolution du conseil des ministres nº 66-A/2013), du 18 juillet 2013, *Diário da República*, 1er supplément, 1re série, nº 202, du 18 octobre 2013.

C. La procédure devant la Cour

37. Ne partageant pas l'avis de la République portugaise, la Commission a introduit le présent recours, par une requête en date du 25 janvier 2019.

38. La République portugaise et la Commission ont présenté des observations orales lors de l'audience qui s'est tenue le 11 mars 2020.

IV. Analyse

39. Par son recours, la Commission conteste la compatibilité de la contribution extraordinaire à la répartition du coût net afférent aux obligations de service universel prévue à l'article 18 de la loi n° 35/2012 avec l'article 13 et l'annexe IV, partie B, de la directive 2002/22. Plus précisément, la Commission soutient que cette contribution ne respecte pas les principes de transparence, de non-discrimination, de distorsion minimale du marché et de proportionnalité énoncés aux dispositions précitées.

A. Sur le principe de transparence

1. Argumentation des parties

40. La Commission soutient que le principe de transparence ne se limite pas à l'obligation de publication et de mise à disposition d'éléments relatifs au partage des coûts nets afférents au service universel et va au-delà des seules exigences prévues à l'article 14 de la directive 2002/22.

41. Selon la Commission, il ressort de la jurisprudence de la Cour que le principe de transparence recouvre également d'autres aspects. D'une part, la Cour aurait jugé que, pour qu'un mécanisme de répartition du coût net des obligations de service universel soit conforme au principe de transparence, les éléments permettant le calcul des contributions doivent être « fix[és] conformément à des critères objectifs, en tenant compte d'éléments comparables et donc transparents, pour permettre à ces opérateurs de calculer leurs coûts et leurs revenus probables »[11]. Dans ces conditions, la Commission estime que les exigences de clarté et de précision font partie intégrante du principe de transparence.

42. D'autre part, la Commission soutient que le principe de transparence est lié au principe de sécurité juridique qu'il sert à garantir, de sorte que ce premier principe implique que les règles de financement du service universel, qui peuvent avoir une incidence financière sur les entreprises, soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets. Plus précisément, le principe de transparence, en ce qu'il doit être lu à la lumière du principe de sécurité juridique, impose que les intéressés doivent connaître avec exactitude l'étendue des obligations qui leur sont imposées.

43. La République portugaise conteste l'interprétation que fait la Commission du principe de transparence, qu'elle qualifie de maximaliste et de formaliste. Selon elle, le principe de transparence est une garantie du respect par les États membres des obligations résultant du droit de l'Union et renvoie ainsi à l'objectivité des critères et à la comparabilité des éléments utilisés pour calculer le coût net des obligations de service universel, la prévisibilité des coûts étant une conséquence de ces éléments.

11 Arrêt du 6 décembre 2001, Commission/France (C-146/00, EU:C:2001:668, points 48 et 49).

44. Par ailleurs, selon la République portugaise, le principe de sécurité juridique ne saurait être confondu avec le principe de transparence. Or, les arguments invoqués par la Commission concerneraient avant tout les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime. En effet, l'argumentation de la Commission reviendrait à postuler une prétendue rétroactivité de la contribution extraordinaire qui serait incompatible avec le principe de sécurité juridique.

45. La République portugaise fait observer, d'une part, que cela impliquerait que le fournisseur du service universel ne pourrait être dédommagé des coûts nets déjà encourus, vérifiés et approuvés par l'Anacom, alors même que la récupération de ces coûts est prévue par la réglementation nationale. D'autre part, la République portugaise souligne qu'il convient de distinguer entre la rétroactivité apparente et la rétroactivité réelle d'une disposition. En l'espèce, la loi nº 35/2012 serait seulement d'apparence rétroactive, en ce qu'elle produit ses effets en fonction de l'année d'apurement du coût net du service universel, soit une période qui se situe après la date de son entrée en vigueur. Or, la jurisprudence de la Cour serait extrêmement restrictive en ce qui concerne la protection des attentes des particuliers dans les cas de rétroactivité apparente [12], de sorte que les opérateurs ne pouvaient avoir une quelconque attente légitime à propos du mode de financement des coûts nets du service universel.

2. Appréciation

46. La Commission fait valoir que le principe de transparence doit être lu à la lumière du principe de sécurité juridique et que cela implique que ce premier principe recouvre, outre une obligation de publication et de mise à disposition des éléments relatifs au calcul et au partage des coûts nets afférents au service universel, des exigences de clarté, de précision et de prévisibilité. Ainsi conçu, le principe de transparence ne serait pas respecté dès lors que les opérateurs tenus de contribuer au financement des coûts liés au service universel n'ont pas pu prévoir, avant la mise en place effective de la contribution extraordinaire par la loi nº 35/2012, l'étendue de leurs obligations.

47. En d'autres termes, selon la Commission, le mécanisme mis en place par la République portugaise est contraire au principe de transparence dans la mesure où, avant sa mise en œuvre, les opérateurs ne pouvaient prévoir l'étendue de leurs obligations qui allaient découler de ce mécanisme.

48. Une telle solution impliquerait que le principe de transparence ne serait respecté que si les opérateurs pouvaient avoir connaissance, avant même l'adoption du mécanisme de répartition des coûts afférents aux obligations liées au service universel, de l'étendue des obligations qui découlent dudit mécanisme, pourtant non encore adopté. Or, force est de constater que tel ne peut jamais être le cas.

49. Le principe de transparence, selon l'article 13, paragraphe 3, de la directive 2002/22, n'a en réalité vocation à s'appliquer qu'à partir du moment où le mécanisme de répartition des coûts liés au service universel existe. L'absence de transparence d'un mécanisme qui n'a pas encore été adopté ne saurait donc être constatée.

50. Peu importe, à cet égard, que les coûts que le mécanisme vise à compenser aient été encourus avant l'adoption de ce mécanisme, pour autant que la contribution extraordinaire mise en place respecte bien, une fois adoptée, le principe de transparence. Je suis d'avis que tel est le cas en l'espèce.

51. En effet, le principe de transparence auquel se réfère l'article 13, paragraphe 3, de la directive 2002/22, s'il n'est pas défini clairement, est précisé à l'article 14 de cette directive. Ainsi, le principe de transparence implique que les règles de répartition des coûts liés au service universel et les précisions concernant un mécanisme de répartition de ces coûts soient mis à la disposition du public. En outre, il

12 Arrêt du 29 juin 1999, Butterfly Music (C-60/98, EU:C:1999:333, point 25).

est également prévu, dans le cas où un mécanisme de répartition des coûts a été mis en place et fonctionne effectivement, qu'un rapport annuel indiquant le coût des obligations de service universel, les contributions faites par les opérateurs concernés, et signalant les avantages commerciaux dont bénéficie le fournisseur du service universel, doit être publié. Dans ces conditions, le principe de transparence recouvre essentiellement une obligation de publication et de mise à disposition du public des éléments relatifs à la mise en place et au fonctionnement du mécanisme de répartition des coûts liés au service universel.

52. La Cour a par ailleurs précisé que cette exigence de publication et de mise à disposition du public des informations relatives aux modalités de mise en œuvre d'un mécanisme de répartition des coûts du service universel vise à « permettre [aux] opérateurs [qui y contribuent] de calculer leurs coûts et leurs revenus probables »[13].

53. À cet égard, il me faut préciser qu'une telle exigence ne saurait cependant impliquer que les opérateurs tenus de contribuer puissent prévoir avec certitude et précision le montant de leur contribution. En effet, dans la mesure où les montants exacts des coûts nets afférents au service universel ne peuvent être connus avant leur calcul par l'autorité de régulation, les montants exacts de la contribution ne peuvent davantage être anticipés avec précision. Il suffit dès lors que les modalités de fonctionnement du mécanisme de répartition des coûts nets afférents au service universel soient connues des opérateurs pour que le principe de transparence soit respecté. En effet, la seule connaissance de ces modalités leur permet de déterminer, de façon raisonnable et probable, mais non certaine, l'étendue de la contribution à laquelle ils seront tenus.

54. Or, je relève que la loi nº 35/2012 non seulement prévoit la création de la contribution extraordinaire, mais détaille également les modalités de sa mise en œuvre. Cette loi précise ainsi les conditions de son déclenchement[14], les exercices au cours desquels elle doit être versée[15], les coûts qu'elle vise à compenser, ainsi que les limites maximales de son montant[16]. En outre, ladite loi précise le rôle exact de l'Anacom dans la détermination des contributeurs et du montant de la contribution extraordinaire, ainsi que les modalités de paiement auxquels les opérateurs doivent se conformer[17].

55. Ainsi, je suis d'avis que la contribution extraordinaire mise en place par la République portugaise par la loi nº 35/2012 est conforme au principe de transparence dès lors que cet État membre porte à la connaissance du public les principes relatifs à la répartition des coûts liés au service universel et les précisions nécessaires s'agissant du fonctionnement du mécanisme de répartition. De plus, ces éléments permettent assurément aux opérateurs tenus de contribuer de déterminer, dès la création du mécanisme de répartition au cours de l'année 2012, l'étendue de leurs obligations qui découlent de la contribution extraordinaire dont ils devront s'acquitter pour les années 2013, 2014 et 2015.

56. Partant, la mise en œuvre par la République portugaise de la contribution extraordinaire prévue par la loi nº 35/2012 ne saurait constituer une violation du principe de transparence.

13 Arrêt du 6 décembre 2001, Commission/France (C-146/00, EU:C:2001:668, points 48 et 49). Cette précision a certes été apportée eu égard à la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) (JO 1997, L 199, p. 32), qui a été abrogée par la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») (JO 2002, L 108, p. 33), mais elle me semble conserver sa pertinence s'agissant du service universel tel que réglementé par la directive 2002/22.

14 Article 17 de la loi nº 35/2012.

15 Article 18, paragraphe 1, de la loi nº 35/2012.

16 Article 18, paragraphes 5 et 6, de la loi nº 35/2012.

17 Article 20 et article 21, paragraphe 1, de la loi nº 35/2012.

B. Sur les principes de distorsion minimale du marché et de proportionnalité

1. Argumentation des parties

57. La Commission estime que le mécanisme de compensation prévu par la loi n° 35/2012 ne peut être considéré comme étant compatible avec le principe de distorsion minimale du marché. Premièrement, il serait impossible pour les opérateurs de prévoir ces coûts ni d'en tenir compte dans leur activité relative aux années pour lesquelles ces coûts sont réclamés. Deuxièmement, les montants à financer seraient significatifs en ce que la contribution extraordinaire représente 3 % du chiffre d'affaires éligible de chaque opérateur et pour chacune des années en cause, et vient s'ajouter à la contribution normalement due pour le financement des coûts nets du service universel encourus par les opérateurs désignés dans la procédure d'appel d'offres. Troisièmement, la contribution extraordinaire ferait peser une charge plus importante que ce qui serait normalement attendu si la contribution annuelle tenait compte du coût net encouru dans le cadre de la fourniture du service universel au cours de la même période, en ce que l'incidence sur le chiffre d'affaires aurait été sensiblement réduite et aurait permis aux opérateurs de répartir la charge financière sur une période plus longue.

58. S'agissant du principe de proportionnalité, la Commission est d'avis que celui-ci n'est pas respecté dès lors que les opérateurs sont tenus de contribuer à la compensation des coûts nets des entreprises désignées à l'issue de la procédure d'appel d'offres et, dans le même temps, de verser la contribution extraordinaire. Cette obligation entraînerait une « double contribution » ou, à tout le moins, une augmentation des charges financières que doivent supporter les opérateurs. En outre, la Commission a souligné, lors de l'audience, que les montants de la contribution extraordinaire étaient significatifs en comparaison, notamment, avec le montant de la contribution pour la même période en Espagne.

59. S'agissant du principe de distorsion minimale du marché, la République portugaise soutient que celui-ci, explicité au considérant 23 de la directive 2002/22, vise avant tout la manière dont il est procédé au partage de la charge encourue par les fournisseurs du service universel en vue de minimiser l'impact financier sur les utilisateurs finals. Or, la Commission n'avancerait aucun élément permettant de conclure que l'impact financier sur les utilisateurs n'a pas été minimisé. De plus, la prétendue imprévisibilité des coûts pour les opérateurs qu'invoque la Commission ne relèverait pas du domaine du principe de la distorsion minimale du marché.

60. Par ailleurs, la République portugaise conteste le caractère significatif des montants à financer par la contribution extraordinaire. Le seuil de 3 % du chiffre d'affaires constituerait la limite supérieure du montant total des contributions, étant entendu que ce montant serait également soumis à d'autres limites. En particulier, le montant des coûts nets à compenser correspondrait en tout état de cause au montant qui viendrait à être approuvé par l'Anacom. En outre, la contribution extraordinaire, qui vise à rembourser les coûts nets encourus par le fournisseur du service universel, serait répartie sur quatre années et la valeur correspondant à chaque année pourrait être payée tout au long d'une période de cinq années.

61. S'agissant du principe de proportionnalité, la République portugaise fait valoir que, dans la mesure où cette contribution extraordinaire, d'une part, a pour but de minimiser autant que possible l'ingérence dans le secteur, avec une répartition de la compensation la plus large possible, et, d'autre part, consiste ainsi en une mise en balance équilibrée des coûts et des bénéfices au regard de l'objectif poursuivi, ce principe est pleinement respecté dès lors que ladite contribution constitue un moyen adéquat pour atteindre l'objectif de la nécessaire compensation des coûts nets afférents au service universel. La République portugaise ajoute, concernant l'argument de la Commission soulevé lors de l'audience selon lequel les montants de la même contribution seraient significatifs, que la Commission ne saurait remettre en cause ces montants tout en ne contestant pas la méthode de calcul des coûts nets tel qu'effectué par l'Anacom.

2. Appréciation

62. D'emblée, il me faut relever que l'argument soulevé par la Commission selon lequel les opérateurs n'auraient pas été en mesure de prévoir les coûts nets devant faire l'objet d'une compensation ne m'apparaît pas pertinent s'agissant de déterminer si le mécanisme mis en place par la République portugaise est conforme avec le principe de distorsion minimale du marché.

63. Ce principe est en effet explicité au considérant 23 de la directive 2002/22, aux termes duquel « par distorsion minimale du marché, on entend que les contributions devraient être récupérées d'une manière qui, dans la mesure du possible, réduise au minimum l'incidence de la charge financière supportée par les utilisateurs finals, par exemple une répartition des contributions aussi large que possible ». Le point de savoir si les opérateurs étaient en mesure de tenir compte de la contribution extraordinaire dans leur activité est dès lors indifférent lorsqu'il s'agit d'établir l'incidence de la charge financière découlant de cette contribution qui pèse sur les utilisateurs finals.

64. La Commission soulève par ailleurs d'autres arguments relatifs, d'une part, à l'importance des montants en cause et, d'autre part, à l'existence d'une « double contribution » en ce que les opérateurs étaient tenus, à partir de l'année 2013, à la fois de contribuer au financement des coûts liés au service universel pour la période postérieure à l'appel d'offres et de verser la contribution extraordinaire pour les coûts supportés par PTC antérieurement à l'appel d'offres. Ces éléments démontreraient, d'une part, une violation du principe de distorsion minimale du marché et, d'autre part, une violation du principe de proportionnalité.

65. Si ces arguments m'apparaissent assurément plus pertinents que celui relatif à la prévisibilité des coûts, je ne crois cependant pas qu'ils suffisent à démontrer que tant le principe de distorsion minimale du marché que le principe de proportionnalité ont été violés.

66. S'agissant de l'importance des montants de la contribution extraordinaire, l'article 18, paragraphe 5, de la loi nº 35/2012 prévoit certes qu'ils représentent 3 % du chiffre d'affaires annuel éligible de chaque entité amenée à contribuer. Néanmoins, l'article 18, paragraphe 6, de cette loi prévoit également que le montant de cette contribution que doit verser chaque entreprise ne peut jamais dépasser la valeur qui résulterait de la répartition des coûts nets encourus par le fournisseur du service universel et considérés comme excessifs par l'Anancom.

67. Le montant de la contribution extraordinaire, s'il peut atteindre 3 % du chiffre d'affaires annuel éligible des sociétés contributrices, doit cependant toujours correspondre au montant des coûts nets encourus par le fournisseur du service universel, tel qu'approuvé par l'Anacaom.

68. Or, force est de constater que la Commission ne conteste pas la méthode de calcul des coûts nets opérée par l'Anacom ni le résultat auquel celle-ci est parvenue dans les décisions relatives aux années 2012, 2013, et 2014. La Commission ne remet donc pas en cause les montants des coûts nets que la contribution extraordinaire vise à compenser, auxquels cette dernière doit exactement correspondre.

69. Ainsi, le simple fait que les montants de cette contribution soient significatifs ne permet pas de démontrer que celle-ci est, en elle-même, disproportionnée ou ne respecte pas le principe de distorsion minimale du marché. Dès lors que ladite contribution correspond précisément au montant des coûts nets encourus par le fournisseur du service universel, dont le calcul n'est pas remis en cause par la Commission, elle m'apparaît tant limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de compensation des coûts liés au service universel que propre à réduire au minimum l'incidence de la charge financière.

70. Pour ce qui concerne l'existence d'une double contribution qui pèserait sur les opérateurs tenus de contribuer à la fois au financement des coûts postérieurement à l'appel d'offres, mais également au financement des coûts encourus par PTC lorsque ce dernier était le fournisseur unique du service universel, une telle existence implique, ainsi que le relève la Commission, une augmentation des charges financières qui pèsent sur les opérateurs. Une telle augmentation découlerait également du fait que les opérateurs seraient tenus de compenser les coûts nets de plusieurs années sur une seule année [18].

71. Toutefois, je ne crois pas qu'un tel élément soit susceptible de caractériser, à lui seul, une violation du principe de distorsion minimale du marché ou du principe de proportionnalité. Tout d'abord, une contribution destinée à compenser les coûts encourus par le fournisseur du service universel implique toujours, pour les opérateurs qui y sont tenus, une charge financière plus importante qu'en l'absence d'une telle compensation. Dès lors qu'une telle augmentation de la charge financière qui pèse sur les opérateurs tenus à la contribution est inhérente au mécanisme même de compensation des coûts afférents à la fourniture du service universel, ce seul élément ne m'apparaît pas suffisant pour caractériser la violation des principes de distorsion minimale du marché et de proportionnalité.

72. Ensuite, dans la mesure où le montant de la contribution extraordinaire correspond exactement au montant des coûts encourus par le fournisseur du service universel, force est de constater que ledit montant est limité à ce qui est strictement nécessaire pour parvenir à l'objectif de compensation des coûts nets afférents au service universel. Dans ces conditions, je ne crois pas qu'il puisse être considéré que cette contribution entraîne, pour les opérateurs qui y sont sujets, une charge financière disproportionnée, et ce quand bien même ladite contribution se rapporterait à plusieurs exercices ou impliquerait une double contribution.

73. En outre, ainsi que le soulève la République portugaise, les opérateurs tenus à la contribution extraordinaire disposent de facilités de paiement de cette dernière. Plus précisément, il ressort de l'article 20, paragraphe 4, de la loi nº 35/2012 que le paiement de cette contribution peut, pour chaque année, être étalé sur une période de cinq ans. Une telle possibilité permet ainsi aux opérateurs de moduler la charge financière qu'ils doivent supporter pour le paiement de ladite contribution, de sorte à réduire autant que possible son incidence. Un tel aménagement me semble ainsi assurer, d'une part, une répercussion minimale de la charge financière à supporter sur les utilisateurs finals et, d'autre part, et plus généralement, la proportionnalité de la même contribution.

74. Enfin, ainsi que le soutient la République portugaise, la réduction au minimum de l'incidence de la charge financière supportée par les utilisateurs finals et la proportionnalité de la contribution extraordinaire ressortent également du fait que les opérateurs tenus à cette contribution sont tous ceux dont le chiffre d'affaires est supérieur à 1 % du chiffre d'affaires annuel du secteur, en ce compris le fournisseur du service universel. La répartition de ladite contribution entre les opérateurs apparaît ainsi aussi large que possible et apte à minimiser l'incidence de celle-ci sur les utilisateurs finals.

75. En tout état de cause, la position de la Commission impliquerait qu'un mécanisme de répartition des coûts afférents au service universel ne saurait être mis en œuvre que dans la mesure où les contributions des opérateurs sont calculées en fonction des coûts ayant été encourus par le fournisseur du service universel au cours d'une seule année.

18 Voir point 29 des présentes conclusions.

76. Cependant, il me faut relever que rien dans le texte de la directive 2002/22 n'oblige les États membres à opter pour une compensation sur une base annuelle. Or, on ne saurait déduire du silence du législateur de l'Union des modalités précises de mise en œuvre des mécanismes de compensation des coûts du service universel. Dès lors que le législateur de l'Union n'a pas entendu imposer de telles conditions, je ne crois pas qu'un mécanisme de compensation des coûts afférents au service universel puisse, pour la seule raison qu'il ne fonctionne pas sur une base annuelle, être considéré comme étant disproportionné ou comme ne respectant pas le principe de distorsion minimale du marché.

77. Dans ces conditions, je suis d'avis que la mise en œuvre par la République portugaise de la contribution extraordinaire prévue par la loi nº 35/2012 ne constitue pas une violation des principes de distorsion minimale du marché et de proportionnalité.

C. Sur le principe de non-discrimination

1. Argumentation des parties

78. Selon la Commission, le principe de non-discrimination exige que seul le chiffre d'affaires des opérateurs qui étaient présents sur le marché au moment où les coûts nets ont été encourus soit pris en compte. La loi nº 35/2012 s'appliquerait cependant à tous les opérateurs présents sur le marché entre les années 2013 et 2015, c'est-à-dire à des opérateurs qui n'étaient pas présents sur le marché entre les années 2007 et 2012. Ces opérateurs seraient en outre soumis à l'obligation de contribuer par leurs recettes enregistrées lors d'exercices qui ne seraient pas ceux durant lesquels les coûts nets ont été encourus et feraient dès lors l'objet d'une discrimination.

79. La République portugaise fait valoir, tout d'abord, que l'argumentation de la Commission selon laquelle seuls les opérateurs présents sur le marché au moment où les coûts ont été encourus devraient contribuer au fonds de compensation, sur la base du chiffre d'affaires afférents à l'année où les coûts ont été encourus, conduit à favoriser les opérateurs sur lesquels ne pèsent pas les coûts du service universel et implique une discrimination à l'encontre du fournisseur du service universel.

80. Ensuite, la République portugaise soutient que, si la structure du marché était différente au cours des années 2013 et 2007, cela ne signifie pas pour autant que les opérateurs présents sur le marché au cours de l'année 2013 n'étaient pas déjà présents antérieurement. À cet égard, la République portugaise défend la thèse selon laquelle la notion d'« entreprise » devrait recevoir une interprétation fonctionnelle, permettant de dépasser les modifications relatives à la structure interne des opérateurs lorsqu'il existe entre eux une unité économique ou un contrôle économique.

81. Enfin, la République portugaise fait valoir que l'argumentation de la Commission ne tient pas compte du fait que les modalités de calcul des coûts nets sont une procédure longue et complexe, qui n'est enclenchée qu'à la demande du fournisseur de service universel, de sorte qu'un décalage entre la période où les coûts nets ont été encourus et la période où ils doivent être compensés ne saurait être le signe d'une discrimination.

2. Appréciation

82. Selon la Commission, la violation alléguée du principe de non-discrimination résulterait de l'application de la loi nº 35/2012 et de la contribution extraordinaire des entreprises qui n'étaient pas présentes sur le marché au moment où les coûts afférents au service universel qui font l'objet d'une compensation ont été encourus.

83. Je rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour, une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application d'une même règle à des situations différentes [19]. L'application de la contribution extraordinaire à des sociétés qui n'étaient pas présentes sur le marché au moment où les coûts visés par la compensation ont été encourus pourrait donc, en théorie, impliquer une discrimination.

84. Néanmoins, je ne crois pas que tel est le cas en l'espèce. Contrairement à ce que soutient la Commission, je suis d'avis que les changements ayant eu lieu sur le marché des opérateurs de télécommunications entre les années 2007 et 2012 n'ont pas impliqué l'apparition sur le marché de *nouvelles* sociétés qui pourraient être considérées comme n'étant pas présentes lorsque les coûts afférents au service universel et faisant l'objet de la contribution extraordinaire ont été encourus, et ce pour les raisons suivantes.

85. En premier lieu, il ressort tant du mémoire en défense de la République portugaise que des observations formulées par la Commission lors de l'audience que les restructurations ayant eu lieu sur le marché des opérateurs de télécommunications ont consisté en des restructurations intra- et intergroupes. Les *nouvelles* sociétés visées par la Commission s'avèrent en réalité nées de fusions entre des sociétés qui opéraient déjà sur ce marché.

86. Or, les sociétés issues de ces fusions assurent la continuité juridique des droits et des obligations des sociétés objets desdites fusions. En effet, ces opérations de fusion opèrent un transfert du patrimoine de ces dernières sociétés, à savoir l'ensemble des éléments d'actif et de passif. Plus généralement, une telle opération ne saurait figer les droits et les obligations de la société objet de la fusion au moment où cette fusion opère, ces droits et obligations étant amenés à évoluer en fonction de circonstances tant économiques que juridiques.

87. Dans ce contexte, la seule question qui se pose est celle de savoir si figure parmi le passif transféré l'obligation de contribution extraordinaire prévue par la loi n° 35/2012, à laquelle auraient été tenues les sociétés objets desdites fusions en l'absence des restructurations.

88. Je suis d'avis que tel est le cas. En effet, aucune raison ne justifie d'exclure du passif l'obligation de contribution à la compensation des coûts afférents au service universel. Une telle exclusion aurait pour conséquence que toute opération de restructuration permettrait à une société d'échapper à son obligation de contribution au fonds de compensation des coûts liés au service universel et, par là même, de faire échec à l'application de la directive 2002/22. Dans cette hypothèse, une restructuration opérerait comme une cause d'extinction des obligations de contribution au financement du service universel et pourrait même n'intervenir que dans ce but.

89. Dans ces conditions, les restructurations ayant eu lieu sur le marché des opérateurs de télécommunications ne sauraient être considérées comme ayant entraîné l'apparition sur le marché de *nouvelles* sociétés qui n'auraient pas été soumises au paiement de la contribution extraordinaire en l'absence de ces restructurations et qui subiraient une discrimination en raison de l'obligation de contribution au financement du service universel.

90. En second lieu, contrairement à ce qu'a soutenu la Commission lors de l'audience, les changements dans l'actionnariat ou les prises de participations de nouveaux investisseurs leur permettant d'entrer au capital des opérateurs de télécommunications ne sauraient suffire à considérer ces sociétés comme *nouvelles* sur le marché. Là encore, une telle solution impliquerait que tout changement au capital d'une société serait une cause d'extinction des obligations des sociétés, et permettrait dès lors de faire échec à l'application de la directive 2002/22.

19 Arrêts du 13 novembre 1984, Racke (283/83, EU:C:1984:344, point 7) ; du 2 avril 2009, Bouygues et Bouygues Télécom/Commission (C-431/07 P, EU:C:2009:223, point 114), ainsi que du 19 novembre 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, point 30).

91. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par l'argument de la Commission formulé lors de l'audience selon lequel toute décision d'investissement se fonde sur la situation de la société au moment où l'investissement a lieu. À cet égard, la Commission estime, s'agissant des investissements antérieurs à la loi nº 35/2012, qu'il n'était pas possible pour les investisseurs de prévoir l'obligation de contribuer au financement des coûts du service universel pour la période allant de 2007 à 2012. D'une part, je relève que la possibilité d'un mécanisme de contribution au financement des coûts du service universel existait depuis l'adoption de la loi nº 5/2004 et ne pouvait dès lors être ignorée des opérateurs. D'autre part, et en tout état de cause, cet argument, s'il était fondé, quod non, constituerait non pas une violation du principe de non-discrimination envers les sociétés en cause, mais une violation du principe de protection de la confiance légitime des investisseurs, laquelle n'est, au demeurant, pas invoquée par la Commission.

92. Dans ces conditions, je suis d'avis que la mise en œuvre par la République portugaise de la contribution extraordinaire prévue par la loi nº 35/2012 ne constitue pas une violation du principe de non-discrimination.

V. Conclusion

93. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de rejeter le présent recours. Conformément à l'article 138, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, il y a lieu de condamner la Commission européenne aux dépens.