CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PEDRO CRUZ VILLALÓN
présentées le 22 juin 2010[1]

I — Introduction

1. Le Grondwettelijk Hof (Cour constitutionnelle) (Belgique) invite la Cour à se prononcer sur la portée des dispositions de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»)[2], qui réglementent la compensation des obligations de service universel. Plus précisément, la Cour doit déterminer si cette directive, interprétée conjointement avec 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»)[3], permet à un législateur d'agir en qualité d'autorité réglementaire nationale et de qualifier de «charge injustifiée» la fourniture déficitaire d'un service universel sur la seule base d'une évaluation de coûts antérieure à la libéralisation du marché des télécommunications.

2. Bien que la décision de renvoi se concentre sur la législation belge qui régit la compensation de l'ensemble des obligations de service universel, le litige au principal semble porter essentiellement sur un service spécifique, à savoir les «tarifs sociaux». De fait, la législation belge régissant l'indemnisation versée au titre de l'exécution de ce service a également attiré l'attention de la Commission européenne, qui a saisi la Cour d'un recours en manquement dans l'affaire Commission/Belgique (C-222/08), pendante devant la Cour, dans laquelle je présente mes conclusions le même jour que celles afférentes au présent litige.

3. Dans la présente procédure préjudicielle, un groupe d'entreprises de télécommunications a formé devant le Grondwettelijk Hof un recours en annulation pour inconstitutionnalité de la loi qui réglemente la compensation au titre de l'exécution du service universel de télécommunications. Les requérantes au principal font valoir qu'elles subissent une discrimination par rapport à l'opérateur historique, à savoir Belgacom NV, dans la mesure où l'indemnisation versée au titre de ces services bénéficie à cette dernière au détriment des autres.

1 — Langue originale: l'espagnol.
2 — JO L 108, p. 51.
3 — JO L 108, p. 33, ci-après la «directive-cadre».

4. En conséquence, le Grondwettelijk Hof réclame une interprétation à la Cour en l'invitant à se prononcer sur la nature que le droit de l'Union attribue aux autorités réglementaires nationales (ci-après l'«ARN»), mais également sur le mode d'indemnisation des obligations de service universel à la lumière de la directive «service universel».

II — La législation applicable

A — *Le droit de l'Union*

5. La directive-cadre prévoit une série de dispositions générales applicables aux ARN. Aux fins du présent litige, il est nécessaire de mettre en exergue l'article 3, qui est ainsi rédigé:

«1. Les États membres veillent à ce que chacune des tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières soit accomplie par un organisme compétent.

2. Les États membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part.

3. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente.

4. Les États membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. […] Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les États membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible.

[…]

6. Les États membres notifient à la Commission toutes les autorités réglementaires nationales chargées d'accomplir des tâches en application de la présente directive et des directives particulières, ainsi que leurs responsabilités respectives.»

6. La directive «service universel» précise les dispositions de la directive-cadre, en les appliquant à la composante de service universel que comporte le service de télécommunications.

7. L'article 3 de la directive «service universel» exhorte les États membres à veiller à ce que les services de télécommunications soient offerts à un niveau de qualité spécifié et à des prix abordables lorsqu'ils sont effectués à des conditions différentes des conditions habituelles.

8. Les prestations de base au sens de la directive «service universel» comprennent: a) le raccordement au réseau téléphonique public en position déterminée, à un prix abordable; b) des postes téléphoniques payants publics en nombre suffisant ainsi que les numéros d'urgence, en particulier le numéro européen unique 112, qui puissent être appelés gratuitement à partir de n'importe quel téléphone; c) les services d'annuaires et de renseignements téléphoniques, et d) certaines mesures en faveur des utilisateurs les plus vulnérables socialement, tels que ceux vivant dans les zones rurales ou isolées, les personnes âgées, handicapées ou à faibles revenus, afin qu'ils puissent accéder aux services universels dans les mêmes conditions que les autres.

9. L'article 8 de la directive «service universel» a trait à la désignation des prestataires du service universel:

«1. Les États membres peuvent désigner une ou plusieurs entreprises afin de garantir la fourniture du service universel défini aux articles 4, 5, 6 et 7 et, le cas échéant, à l'article 9, paragraphe 2, de façon que l'ensemble du territoire national puisse être couvert. Les États membres peuvent désigner des entreprises ou groupes d'entreprises différents pour fournir différents éléments du service universel et/ou pour couvrir différentes parties du territoire national.

2. Lorsque les États membres désignent des entreprises pour remplir des obligations de service universel sur tout ou partie du territoire national, ils ont recours à un mécanisme de désignation efficace, objectif, transparent et non discriminatoire qui n'exclut a priori aucune entreprise. Les méthodes de désignation garantissent que la fourniture du service universel répond au critère de la rentabilité et peuvent être utilisées de manière à pouvoir déterminer le coût net de l'obligation de service universel, conformément à l'article 12.»

10. Aux termes du dixième considérant de la directive «service universel», on entend par «prix abordable» le «prix défini au niveau national par les États membres compte tenu des circonstances nationales spécifiques, [qui] peut impliquer l'établissement d'une tarification commune indépendante de la position géographique ou de formules tarifaires

spéciales pour répondre aux besoins des utilisateurs à faibles revenus. Du point de vue du consommateur individuel, le caractère abordable des prix est lié à sa capacité de surveiller et de maîtriser ses dépenses».

11. Les tarifs sociaux sont réglementés de manière générale à l'article 9 de la directive «service universel»:

«1. Les autorités réglementaires nationales surveillent l'évolution et le niveau des tarifs de détail applicables aux services définis, dans les articles 4, 5, 6 et 7, comme relevant des obligations de service universel et fournis par des entreprises désignées, notamment par rapport aux niveaux des prix à la consommation et des revenus nationaux.

2. Les États membres peuvent, au vu des circonstances nationales, exiger que les entreprises désignées proposent aux consommateurs des options ou des formules tarifaires qui diffèrent de celles offertes dans des conditions normales d'exploitation commerciale, dans le but notamment de garantir que les personnes ayant de faibles revenus ou des besoins sociaux spécifiques ne soient pas empêchées d'accéder au service téléphonique accessible public ou d'en faire usage.

3. En plus des dispositions éventuelles prévoyant que les entreprises désignées appliquent des options tarifaires spéciales ou respectent un encadrement des tarifs ou une péréquation géographique, ou encore d'autres mécanismes similaires, les États membres peuvent veiller à ce qu'une aide soit apportée aux consommateurs recensés comme ayant de faibles revenus ou des besoins sociaux spécifiques.

[…]»

12. Afin de garantir l'efficacité du service universel, l'article 13 de la directive «service universel» introduit une méthode de financement des obligations de service universel dans les termes suivants:

«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.»

13. L'étape préalable à l'indemnisation est l'évaluation des coûts du service universel, dont le système de calcul est défini à l'article 12 de la directive «service universel»:

«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.»

14. Ladite annexe IV, partie A, prévoit notamment:

«[...]

Le coût net correspond à la différence entre le coût net supporté par une entreprise désignée lorsqu'elle fournit un service universel et lorsqu'elle n'en fournit pas. Cette règle s'applique, que le réseau soit complètement achevé dans un État membre ou qu'il soit encore en train de se développer et de s'étendre. Il convient de veiller à évaluer correctement les coûts que l'entreprise désignée aurait évités si elle avait eu le choix de ne pas remplir d'obligations de service universel. Le calcul du coût net doit évaluer les bénéfices, y compris les bénéfices immatériels, pour l'opérateur de service universel.

Le calcul se fonde sur les coûts imputables aux postes suivants:

i) éléments de services ne pouvant être fournis qu'à perte ou à des coûts s'écartant des conditions normales d'exploitation commerciale.

Cette catégorie peut comprendre des éléments de services tels que l'accès aux services téléphoniques d'urgence, à certains téléphones payants publics, à la fourniture de certains services ou équipements destinés aux handicapés, etc.;

ii) utilisateurs finals ou groupes d'utilisateurs finals particuliers qui, compte tenu du coût de la fourniture du réseau et du service mentionnés, des recettes obtenues et de la péréquation géographique des prix imposée par l'État membre, ne peuvent être servis qu'à perte ou à des coûts s'écartant des conditions commerciales normales.

Cette catégorie comprend les utilisateurs finals ou les groupes d'utilisateurs finals auxquels un opérateur commercial ne fournirait pas de services s'il n'avait pas une obligation de service universel.

Le calcul du coût net de certains aspects spécifiques des obligations de service universel est effectué séparément, de manière à éviter de compter deux fois les bénéfices directs ou indirects et les coûts. Le coût net global des obligations de service universel pour une entreprise correspond à la somme des coûts nets associés à chaque composante de ces obligations, compte tenu de tout bénéfice immatériel. La vérification du calcul incombe à l'autorité réglementaire nationale.»

B — *Le droit belge*

15. La loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, dans sa version modifiée par la loi du 25 avril 2007 (ci-après la «loi de 2005 modifiée»), institue un régime de financement du service universel, en distinguant les tarifs sociaux des autres obligations de service universel.

16. L'article 74 de la loi de 2005 modifiée (dans sa rédaction issue de l'article 173 de la loi du 25 avril 2007) contient les principes fondamentaux qui régissent les compensations entre opérateurs, en considérant les «conditions tarifaires particulières à certaines catégories de bénéficiaires» comme une composante sociale du service universel [4].

17. L'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après l'«Institut») est tenu de remettre au ministre un rapport annuel indiquant le nombre d'«abonnés sociaux» que comptent les différentes entreprises par rapport aux parts de marché qu'elles détiennent dans le secteur de la téléphonie publique [5].

18. C'est à un fonds doté de la personnalité juridique et géré par l'Institut qu'il appartient d'indemniser les opérateurs au titre des «tarifs sociaux» dès lors qu'ils ont déposé une demande à cet effet [6].

19. Pour compenser la charge des «clients sociaux» assumée par chaque société, ledit article 74, sixième et septième alinéas, prévoit une répartition des fonds en fonction de son chiffre d'affaires global. Les compensations sont dues immédiatement, même si celles qui doivent être effectuées par l'intermédiaire du fonds ne deviennent effectives qu'une fois que celui-ci sera devenu opérationnel ou, au plus tard, dans le courant de l'année suivant l'entrée en vigueur de l'article 74 [7].

20. Le coût net des «tarifs sociaux» pour chaque opérateur qui le demande est calculé par l'Institut, conformément à la méthodologie définie dans l'annexe [8]. De même, l'Institut peut déterminer les modalités de calcul des coûts et des compensations dans les limites établies par cette loi [9].

21. Aux termes de l'article 45 bis de l'annexe de la loi du 13 juin 2005, le coût net des tarifs sociaux correspond à la différence entre les recettes que l'entreprise toucherait dans des conditions commerciales normales et celles qu'elle reçoit réellement à la suite des réductions prévues dans la loi en faveur des bénéficiaires des tarifs sociaux. En outre, il édicte une règle transitoire en vertu de laquelle, pendant les cinq premières années à compter de l'entrée en vigueur de la loi, la compensation que le prestataire historique reçoit (le cas échéant) est diminuée d'un pourcentage fixé

4 — Article 74, premier alinéa, de la loi.
5 — Article 74, troisième alinéa.
6 — Article 74, quatrième alinéa.
7 — Article 74, huitième alinéa.
8 — Article 74, neuvième alinéa.
9 — Article 74, dixième alinéa.

par l'Institut sur la base du bénéfice indirect. À cet égard, l'Institut se fonde sur les calculs qu'il a effectués pour établir les coûts nets des tarifs sociaux appliqués par le prestataire.

22. L'article 202 de la loi du 25 avril 2007 fournit une interprétation du dernier alinéa de l'article 74 de la loi du 13 juin 2005, qui prévoit que les remboursements du fonds sont dus immédiatement. Cet article 202 indique que, lors de la préparation de ladite loi du 13 juin 2005, compte tenu des conditions prévues par la directive «service universel» et à la suite d'une demande du prestataire historique du service universel et après fixation du coût net de ce service par l'Institut, le législateur belge, en sa qualité d'ARN, a procédé à une évaluation des charges qui incombaient à l'ancien monopoliste. Le législateur est parvenu à la conclusion selon laquelle, compte tenu du bénéfice indirect (y compris le bénéfice immatériel), toute situation déficitaire entraîne une charge déraisonnable.

III — Le litige au principal et la question préjudicielle

23. Le 8 novembre 2007, Base NV, Euphony Benelux NV, Mobistar NV, Uninet International NV, T2 Belgium NV et KPN Belgium NV ont formé un recours en annulation de la loi du 25 avril 2007 devant le Grondwettelijk Hof en faisant valoir la violation des articles 10 et 11 de la Constitution belge.

24. Les requérantes au principal critiquent la différence de traitement par rapport à Belgacom NV qui découlerait de ces dispositions, au motif que le législateur a déclaré que le service universel constitue une «charge injustifiée» pour l'ancien monopoliste, de sorte que cette qualification ne pourrait plus être revue à l'avenir que par une loi. Au contraire, en ce qui concerne les requérantes au principal, la charge injustifiée ne peut être constatée et, le cas échéant, actualisée que par l'Institut.

25. Elles ajoutent que, pour déterminer le coût net de Belgacom NV, le législateur s'est basé sur des chiffres extraits de la documentation comptable correspondant à l'exercice 2001, alors que l'évaluation les concernant a été effectuée par l'Institut sur la base des chiffres actuels.

26. Toutefois, le Grondwettelijk Hof part du principe que le législateur, en sa qualité d'autorité réglementaire nationale, a déclaré que l'exécution à perte du service universel constitue une «charge injustifiée» pour tous les fournisseurs. C'est la raison pour laquelle il précise son approche en posant la question préjudicielle suivante:

«L'article 12 de la directive ['service universel'] peut-il être interprété en ce sens qu'il permet au législateur compétent d'un État

membre, agissant en qualité d'[ARN], de constater, de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du prestataire du service universel, qui était auparavant le seul prestataire, que la fourniture du service universel peut représenter une charge injustifiée pour les entreprises désignées comme fournisseurs de service universel?»

IV — La procédure devant la Cour

27. Le dépôt de la demande de décision préjudicielle a été enregistré au greffe de la Cour le 8 septembre 2008.

28. Ont présenté des observations écrites Base NV, Belgacom NV, le gouvernement belge et la Commission.

29. L'audience, commune au présent renvoi préjudiciel et à l'affaire C-222/08, s'est tenue le 17 mars 2010. Y ont assisté les représentants de Base NV e.a., de Belgacom NV, du gouvernement belge ainsi que de la Commission.

V — Examen de la question préjudicielle

30. Au vu des termes dans lesquels le Grondwettelijk Hof a posé le problème, il convient de déterminer, en premier lieu, si le législateur belge a agi conformément à la directive «service universel» en faisant une déclaration interprétative et rétroactive telle que celle de 2007, alors que ladite directive attribue expressément aux ARN la faculté de prendre cette décision. Si la réponse à cette question était affirmative, il faudrait vérifier, en second lieu, si une évaluation globale et abstraite des données qui concernaient exclusivement Belgacom NV — l'ancien monopoliste — peut être étendue aux autres entreprises sans tenir compte de leur situation particulière.

A — *Sur les ARN et l'intervention du législateur belge*

31. Afin de mettre en œuvre les missions de réglementation assignées par la directive-cadre, les États membres les ont confiées à des organismes indépendants dotés de connaissances techniques spécialisées. C'est ce qui ressort de l'article 3, paragraphe 2, de ladite directive, qui précise que les ARN, doivent être «juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques».

32. Cette mesure, qui a un impact institutionnel profond, a son fondement dans l'ouverture de marchés stratégiques traditionnellement

monopolisés par l'État, tels que le marché des télécommunications, en imposant aux États membres, sur le fondement du droit de l'Union, une dissociation entre les fonctions de médiateur investi de prérogatives de puissance publique et celles d'entrepreneur espérant légitimement réaliser des profits.

33. Pour concilier ces deux aspects, la directive-cadre attribue la fonction de réglementation à des autorités indépendantes qui, dans le domaine des télécommunications, reçoivent le nom d'ARN. Le libellé des directives semble renforcer l'indépendance dont jouissent ces autorités, mais les États membres ont également une marge d'appréciation pour définir la portée précise de cette indépendance. Par conséquent, il convient de souligner l'existence de deux niveaux de protection et de définition de l'indépendance des ARN: le premier est constitué par le droit de l'Union, les directives fixant le cadre plus général de cette protection, et le second par le droit interne, chargé de préciser l'articulation de cette indépendance.

34. Ce second niveau de configuration de l'indépendance des ARN est reconnu par la directive-cadre elle-même. En effet, son préambule admet que la latitude dont disposent ces organismes en matière de réglementation ne doit pas porter atteinte «à l'autonomie institutionnelle ni aux obligations constitutionnelles des États membres, ni au principe de neutralité, établi à l'article 295 du traité, à l'égard des règles régissant le régime de la propriété applicables dans les États membres [...]» [10].

35. Pour compléter ce cadre, la Cour a fourni récemment quelques règles d'interprétation utiles, contribuant ainsi à concilier l'indépendance des ARN et l'autonomie institutionnelle des États membres.

1. La jurisprudence de la Cour applicable aux ARN et l'autonomie institutionnelle des États membres

36. Conformément à un principe bien établi, la désignation des organes des États membres chargés d'exécuter les obligations découlant du droit de l'Union est effectuée dans le respect des systèmes constitutionnels respectifs [11]. Toutefois, la répartition des pouvoirs opérée par les États membres ne saurait mettre en péril ni le libellé ni l'effet utile des dispositions du droit de l'Union.

10 — Onzième considérant.

11 — Voir, notamment, arrêts du 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz et Rewe-Zentral (33/76, Rec. p. 1989, point 5), et Comet (45/76, Rec. p. 2043, point 13); du 14 décembre 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599, point 12); du 20 septembre 2001, Courage et Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297, point 29); du 11 septembre 2003, Safalero (C-13/01, Rec. p. I-8679, point 49); du 13 mars 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271, point 39), ainsi que du 7 juin 2007, van der Weerd e.a. (C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233, point 28).

37. Cette tension entre l'autonomie institutionnelle des États membres et l'effectivité du droit de l'Union devient encore plus incisive lorsque le législateur européen harmonise un secteur et introduit des mesures d'organisation institutionnelle applicables aux États membres. Il en est ainsi, comme on le sait, dans le cas des directives en matière de télécommunications, dont la directive-cadre impose aux États membres la création d'organismes indépendants et spécialisés [12]. Dans une telle situation, l'ordre institutionnel national doit être impérativement conforme au droit de l'Union, ce qui ne veut pas dire pour autant que les États soient privés de toute marge de manœuvre.

38. En effet, la jurisprudence de la Cour a confirmé que la création et le régime juridique des ARN s'inscrivent dans un cadre général et abstrait fixé par les directives régissant les télécommunications, et que les États membres disposent d'une marge décisionnelle considérable pour le préciser. Ces règles ainsi que d'autres règles, qui sont particulièrement utiles pour résoudre la présente question préjudicielle, résultent des deux arrêts pertinents en la matière, à savoir Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [13] et Commission/Allemagne [14].

39. L'affaire Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones portait sur le point de savoir si un État membre pouvait attribuer à des organismes distincts l'assignation des ressources nationales de numérotation et la gestion des plans nationaux de numérotation. Ces fonctions sont mentionnées à l'article 10, paragraphe 1, de la directive-cadre, et le Royaume d'Espagne avait scindé leur exécution entre l'ARN nationale et le gouvernement. La Cour a tranché cette question en déclarant que la directive-cadre ne s'oppose pas à ce qu'un État membre attribue à des organismes distincts les fonctions que ladite directive confie aux ARN. Toutefois, l'arrêt a apporté une nuance importante en affirmant que les États membres doivent non seulement assurer l'indépendance fonctionnelle des autorités réglementaires par rapport aux organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques, «mais également publier d'une manière aisément accessible les tâches à accomplir par lesdites autorités réglementaires et notifier à la Commission le nom des autorités réglementaires chargées d'accomplir ces fonctions ainsi que leurs responsabilités respectives» [15].

40. Le conflit qui opposait l'ARN espagnole au gouvernement de cet État membre a finalement été tranché par le Tribunal Supremo, qui a appliqué la jurisprudence précitée, en se

12 — À cet égard, voir Muñoz Machado, S., et Esteve Pardo, J. (dir.), «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», *Derecho de la regulación económica*, vol. I, Iustel, Madrid, 2009, p. 133.

13 — Arrêt du 6 mars 2008 (C-82/07, Rec. p. I-1265).

14 — Arrêt du 3 décembre 2009 (C-424/07, Rec. p. I-11431).

15 — Point 25.

prononçant en faveur de l'ARN [16]: d'une part, l'existence d'organismes réglementaires indépendants distincts ayant la qualité d'ARN est admise; d'autre part, l'État membre doit procéder à cette scission de manière à respecter un minimum de prévisibilité, en déterminant clairement quelles compétences reviennent à chaque organisme et à les notifier sans délai à la Commission [17].

41. La seconde décision de la Cour qui doit être prise en considération est l'arrêt qu'elle a rendu récemment dans l'affaire Commission/Allemagne, précitée. Dans ce recours en manquement, la Commission soutenait que la République fédérale d'Allemagne avait violé les directives en matière de télécommunications en limitant par voie législative l'application de la réglementation aux marchés sensibles, ainsi que les facultés d'orientation et d'intervention des ARN en matière d'objectifs de réglementation spécifiques. Dans son arrêt, la Cour s'est prononcée sur deux aspects qui revêtent un intérêt particulier pour le présent litige: d'une part, elle a souligné le rôle des ARN lorsqu'elles mènent une analyse des marchés pertinents afin, principalement, de vérifier si les entreprises présentes sur le marché en cause exercent un pouvoir significatif de nature à fausser le fonctionnement de ce marché. Dans la mesure où le législateur allemand avait exclu les ARN de la définition et de l'analyse des nouveaux marchés, la Cour a jugé qu'il avait privé ces organisations des facultés qui leur sont *expressément* conférées par les directives [18]. Par ailleurs, la Cour a également déclaré illégale une règle législative qui fixe certains objectifs aux ARN et en exclut d'autres qui sont mentionnés dans les directives. Sur ce point, la Cour a affirmé que, lorsque le législateur donne la préférence à un seul des objectifs que la directive-cadre impose aux ARN, il «effectue une pondération desdits objectifs, alors qu'une telle pondération appartient à l'ARN lors de l'accomplissement des tâches réglementaires qui lui sont dévolues» [19].

42. Dans ses conclusions présentées dans l'affaire Commission/Allemagne, précitée, l'avocat général Poiares Maduro a examiné en détail cette dernière question, en soulignant que les fonctions assignées aux ARN peuvent, à l'occasion, être interdites au législateur. Ainsi qu'il l'affirme au point 63 desdites conclusions, «conférer ce pouvoir d'appréciation au législateur national n'emporte pas les mêmes conséquences que de le conférer aux ARN. Le cadre réglementaire communautaire a institué les ARN et leur a délégué des pouvoirs pour une raison: elles doivent être indépendantes de certains intérêts et prendre leurs décisions sur la seule base des critères posés par ce cadre».

16 — Arrêt du 10 mars 2009 de la chambre administrative du Tribunal Supremo, troisième section.

17 — Voir Cienfuegos Mateo, M., et Armengol Ferrer, F., «Cuestión prejudicial comunitaria, pluralidad de organismos nacionales reguladores en el ámbito de las telecomunicaciones y conflicto potencial de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Unión Europea Aranzadi*, octobre 2008.

18 — Points 81 à 83.

19 — Point 93.

43. C'est précisément parce que le législateur accomplit une mission spécifique dans chaque système constitutionnel national que je partage le point de vue de l'avocat général Poiares Maduro selon lequel il existe des circonstances dans lesquelles cette mission n'est pas compatible avec les tâches qui incombent aux ARN. Le fait que les travaux de préparation lors de l'analyse de marchés et de pondération d'objectifs ainsi que l'adoption de décisions individuelles appartiennent à ces organismes signifie que les directives leur confèrent ces attributions, dans la conviction qu'ils constituent l'institution techniquement et juridiquement la plus apte à s'acquitter des obligations qui s'inscrivent dans le cadre réglementaire de l'Union [20].

44. Les conclusions suivantes peuvent être tirées des considérations qui précèdent.

45. En premier lieu, chaque État membre jouit d'un large pouvoir discrétionnaire lors de l'attribution aux ARN de fonctions spécifiques par les directives. Par conséquent, celles-ci ne s'opposent pas à l'existence sur un même marché de différentes ARN exerçant chacune des fonctions séparées, dès lors que cette division n'entraîne aucune insécurité juridique. Par conséquent, l'attribution de la qualité d'ARN à des organismes distincts doit obéir à un minimum de prévisibilité et de transparence.

46. En second lieu, il n'est pas exclu que le législateur exerce à l'occasion certaines fonctions d'ARN si l'État membre le juge opportun, pourvu que lesdites conditions de prévisibilité et de transparence soient respectées. On peut même envisager que le législateur adopte des décisions qui ont une incidence directe sur les fonctions de l'ARN sans que le législateur s'attribue la qualité d'ARN [21]. Toutefois, pour que cette intervention soit conforme aux directives, il résulte de l'arrêt Commission/Allemagne, précité, que ladite intervention ne saurait limiter ni éliminer des fonctions qui ont été expressément attribuées à l'ARN par les directives. Cette limitation des pouvoirs législatifs des États membres trouve son fondement dans la raison d'être des ARN, créées et implantées pour servir des fins spécifiques que les États, en adoptant la directive, ont entendu voir accomplies par des organismes techniques, séparés

20 — Komesar, N., *Imperfect Alternatives — Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy,* University of Chicago Press, Chicago, 1994, p. 176 et suiv.

21 — Le treizième considérant de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009 (JO L 337, p. 37), modifiant les directives de 2002 en matière de télécommunications, reconnaît que le législateur n'est pas l'instance la plus apte à exercer les fonctions qui incombent aux ARN, mais ne se prononce pas non plus de manière catégorique à cet égard. Bien au contraire, l'ambiguïté du considérant, qui se borne à dissuader les États membres de recourir à l'intervention législative, semble confirmer que les législateurs peuvent agir en qualité d'ARN dès lors qu'ils respectent certaines conditions: «[…] À cet effet, il y a lieu de prévoir, en droit national, une disposition expresse garantissant que, dans l'exercice de ses fonctions, une autorité réglementaire nationale responsable de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises est à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises. *Une telle influence externe rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire*» (c'est moi qui souligne).

fonctionnellement du travail gouvernemental et de l'activité parlementaire.

2. Le cadre légal belge à la lumière des directives et de leur interprétation jurisprudentielle

47. À ce stade, il faut déterminer si le législateur belge a exercé légitimement des fonctions que la directive-cadre ainsi que la directive «service universel» confèrent en principe aux ARN. Si tel n'est pas le cas, il faut examiner également si le législateur belge, bien qu'il se soit attribué la qualité d'ARN, a pu légalement agir ainsi.

48. L'article 12, paragraphe 1, de la directive «service universel» prévoit expressément qu'il appartient aux ARN d'examiner si la fourniture du service universel peut représenter une charge injustifiée pour les entreprises qui exécutent ce service. À cette fin, elles calculent le coût net de la prestation de service universel, en prenant en compte les critères énoncés audit paragraphe 1, sous a) et b). Une fois ce calcul effectué, l'ARN décide formellement si une entreprise est soumise à une charge injustifiée en vertu de l'article 13 de la directive «service universel». À partir de ce moment, la disposition en question cesse de mentionner ouvertement les ARN et énonce que «*les États membres décident,* à la demande d'une entreprise désignée» [22], d'instaurer un mécanisme d'indemnisation financé par des fonds publics ou un système de répartition des coûts entre les fournisseurs de services de télécommunications.

49. La méthode qu'impose la directive «service universel» est très claire et caractérise les fonctions qui incombent à chaque institution. Il saute aux yeux que les ARN sont expressément appelées à effectuer les tâches préalables d'analyse et de définition du marché ainsi que de calcul des coûts du service universel. Ces tâches leur sont confiées pour que la prospection du marché soit effectuée par un organisme techniquement solvable et fonctionnellement indépendant. Cela s'explique par le fait que, si la compensation au titre de l'exécution du service universel constitue une mesure acceptable du point de vue du marché, il n'en est pas moins vrai qu'il existe un risque d'abus qui altère en définitive la situation concurrentielle de certains opérateurs. Par conséquent, la directive «service universel» entend que ce soit l'ARN qui fixe les bases permettant un transfert ultérieur de capital en faveur d'un ou de plusieurs prestataires de services.

50. À partir de ce moment, une fois constatée l'existence d'une base technique et juridique suffisante pour qu'intervienne la compensation, la directive «service universel» confère aux «États membres» des compétences que l'on pourrait qualifier de noyau décisionnel.

22 — C'est moi qui souligne.

Ainsi les ARN disparaissent lors de l'adoption de ce qui est sans aucun doute la décision essentielle, à savoir le système d'indemnisation et son éventuelle application individualisée. Par conséquent, ladite directive a créé un système en deux étapes, la première, de nature prospective et technique, revenant exclusivement aux ARN, et la seconde, entre les mains des États membres, pouvant être confiée à l'institution jugée la plus apte, conformément au principe de l'autonomie institutionnelle de chaque État membre. Rien n'interdit que le législateur soit l'autorité compétente pour déterminer le système d'indemnisation, à condition de respecter les règles fixées par l'article 13 de la directive «service universel».

51. Est-ce cette voie qui a été suivie par le Royaume de Belgique?

52. Au vu des événements qui se sont déroulés entre 2005 et 2007, il est évident que la réponse ne peut être que négative.

53. En premier lieu, il y a lieu de souligner que, durant la phase préalable que la directive «service universel» confie expressément aux ARN, et qui en l'espèce a eu lieu en 2005 et au niveau législatif, toute mention de l'évaluation des coûts, ainsi que de la circonstance qu'une «charge injustifiée» aurait existé, a été omise. Ce n'est qu'en 2007, et une fois que la Commission eut engagé la procédure précontentieuse en manquement, que le législateur belge a adopté une mesure interprétative et rétroactive précisant que la loi du 13 juin 2005 avait effectué cette analyse et confirmé l'existence de la «charge injustifiée». Or, ce comportement se heurte à l'essence même de l'article 12 de la directive «service universel», dont la finalité est de garantir la prévisibilité et la technicité de ce premier stade de la procédure. En effet, comme la Cour l'a jugé dans l'affaire Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, précitée, l'exercice par un organisme, en l'occurrence le législateur, de fonctions normalement dévolues aux ARN doit avoir fait l'objet d'une publication facilement accessible ainsi que d'une notification à la Commission, les responsabilités distinctes de chaque organisation étant clairement définies [23]. Non seulement le Royaume de Belgique n'a pas fait, avant 2005, une déclaration de cette nature, mais il s'est même comporté de manière radicalement opposée, dans la mesure où le législateur s'est attribué ces fonctions rétroactivement, ce qui est difficilement conciliable avec l'importance que les directives confèrent à la valeur de la stabilité et de la sécurité juridique en la matière.

54. À supposer même que le législateur ait voulu intervenir en qualité non pas d'ARN mais de pouvoir normatif souverain, son action n'en serait pas moins incompatible avec la directive «service universel». En effet, ledit article 12 confère aux ARN, et seulement à elles, un travail de prospection technique et juridique visant à déterminer si les entreprises

23 — Point 25.

soumises à des obligations de service universel subissent une «charge injustifiée». L'article 13 de la directive «service universel» ne déroge à ce monopole qu'au stade de la définition et de l'application d'un système d'indemnisation concret. Bien que le législateur soit pleinement habilité par ladite directive à opter entre l'un ou l'autre des modèles d'indemnisation définis par la législation de l'Union, et ce dans le cadre d'un large pouvoir discrétionnaire qui préserve l'autonomie institutionnelle des États membres à un moment très lié à la décision strictement patrimoniale, c'est tout le contraire qui prévaut durant les étapes préalables d'analyse et de prospection. En ayant exercé tant la fonction préalable que la fonction décisionnelle et patrimoniale prévues aux articles 12 et 13 de la directive «service universel», le législateur belge a rompu l'équilibre ainsi fixé entre les ARN et les autres autorités nationales, et, partant, a violé le droit de l'Union.

B — *Le calcul des obligations de service universel*

55. Au vu de la réponse proposée à la première question préjudicielle, il est inutile d'approfondir les autres aspects évoqués par le Grondwettelijk Hof. Une solution conforme aux considérations qui précèdent conduirait la juridiction de renvoi à une conclusion catégorique: dans la mesure où tant la loi du 13 juin 2005 que la loi du 25 avril 2007 sont incompatibles avec le droit de l'Union pour avoir instauré un système qui n'a pas respecté la procédure imposée par la directive «service universel», le recours formé devant la juridiction de renvoi est devenu sans objet.

56. Par conséquent, et bien que la juridiction de renvoi ait évoqué des questions additionnelles dans sa décision, la question de fond soulevée dans le cadre du présent litige doit être réputée avoir été tranchée utilement par la solution que je propose ici à la Cour, étant précisé que l'on pourra se référer également à mes conclusions dans l'affaire C-222/08.

VI — Conclusion

57. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre de la manière suivante à la question préjudicielle que lui a posée le Grondwettelijk Hof:

«La directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive 'service universel'), s'oppose à ce qu'un législateur national constate l'existence d'une charge injustifiée sur la base du calcul des coûts exposés par le fournisseur du service universel, dans la mesure où ces fonctions ont été expressément attribuées par la directive 2002/22 aux autorités réglementaires nationales. Au cas où le législateur national s'attribue la qualité d'autorité réglementaire nationale, l'État membre concerné doit, avant d'exercer des fonctions normalement dévolues à cette dernière, déclarer clairement, après consultation de la Commission européenne, les compétences spécifiques assignées à chaque autorité.»