

Numéro du rôle : 4330
Arrêt n° 131/2008 du 1er septembre 2008

A R R E T

En cause : le recours en annulation des articles 173, 3° et 4°, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV) (modifications de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques), introduit par la SA « Base » et autres.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et M. Melchior, et des juges P. Martens, R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels et T. Merckx-Van Goey, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 6 novembre 2007 et parvenue au greffe le 8 novembre 2007, un recours en annulation des articles 173, 3° et 4°, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV) (modifications de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques), publiée au *Moniteur belge* du 8 mai 2007, troisième édition, a été introduit par la SA « Base », dont le siège social est établi à 1200 Bruxelles, rue Neerveld 105, la SA « Euphony Benelux », dont le siège social est établi à 2000 Anvers, Ankerrui 9, la SA « Mobistar », dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg 149, la SA « Uninet International », dont le siège social est établi à 1800 Vilvorde, Medialaan 50, la SA « T2 Belgium », dont le siège social est établi à 1780 Wemmel, avenue Reine Astrid 166, et la SA « KPN Belgium », dont le siège social est établi à 1780 Wemmel, avenue Reine Astrid 166.

Des mémoires et des mémoires en réplique ont été introduits par :

- la SA « Belgacom », société anonyme de droit public, dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 27;

- le Conseil des ministres.

Les parties requérantes ont introduit un mémoire en réponse.

A l'audience publique du 15 juillet 2008 :

- ont comparu :

- . Me D. Arts, qui comparaissait également *loco* Me T. De Cordier, avocats au barreau de Bruxelles, pour les parties requérantes;

- . Me F. Vandendriessche, qui comparaissait également *loco* Me E. Lefevre, avocats au barreau de Bruxelles, pour la SA « Belgacom »;

- . Me S. Depré et Me E. Maes, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs A. Alen et J.-P. Moerman ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. En droit

- A -

Position des parties requérantes

A.1.1. Les parties requérantes sont toutes actives dans le secteur des télécommunications et entrent en ligne de compte en qualité de prestataires du service universel en matière de télécommunications, conformément à 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') » (ci-après : la directive SU).

A la différence de ce qui s'applique pour la composante sociale du service universel, les autres composantes du service universel (le raccordement en position déterminée au réseau téléphonique public et l'accès aux services téléphoniques accessibles au public en position déterminée; les annuaires et les services de renseignements téléphoniques; la mise à disposition de postes téléphoniques payants publics et les mesures particulières en faveur des utilisateurs handicapés) ne doivent pas être fournies par tous les opérateurs, mais uniquement par les opérateurs qui ont été désignés par le Roi selon une des deux procédures définies dans la loi du 13 juin 2005 « relative aux communications électroniques » (ci-après : la loi relative aux communications électroniques).

Un mécanisme de rétribution, différent selon qu'il s'agit de la composante sociale du service universel ou d'une de ses autres composantes, est prévu pour l'accomplissement des différentes obligations de service universel. Lors de la fixation des rétributions dues, il y a lieu de déterminer si les frais liés à la fourniture du service universel constituent une « charge injustifiée ». Il est créé un fonds pour le service universel qui a pour but de rétribuer les prestataires des autres composantes du service universel et auquel doivent contribuer tous les opérateurs selon une formule de calcul particulière.

A.1.2. Les parties requérantes ont intérêt au recours en annulation en ce qu'elles estiment être discriminées, au profit de la SA « Belgacom », en matière d'évaluation et de détermination de la « charge injustifiée » que constituent ou non les coûts nets du service universel, au motif qu'elles seraient soumises à un impôt dont les composantes essentielles sont fixées par le pouvoir exécutif et que deux dispositions litigieuses sont présentées comme des dispositions interprétatives, alors qu'il s'agirait de dispositions législatives rétroactives qui ne satisfont pas aux exigences fixées par la Cour. Elles estiment dès lors qu'elles sont affectées directement et défavorablement par les dispositions législatives attaquées.

Le fait que les moyens qu'elles invoquent ne seraient pas fondés *in concreto*, comme le font valoir le Conseil des ministres et la partie intervenante, ne porte en aucun cas atteinte à leur intérêt *in abstracto* à faire contrôler les dispositions législatives attaquées par lesquelles elles s'estiment discriminées. L'intérêt des parties requérantes ressort du reste également du fait que le 31 janvier 2008, la Commission européenne a fait savoir qu'elle cite la Belgique devant la Cour de justice pour cause de transposition non conforme de la directive SU, au motif que l'estimation de la « charge injustifiée » et le calcul des coûts nets, principalement en matière de tarifs sociaux, ne satisfont pas aux exigences de cette directive. Il en ressort, entre autres, que la législation belge, même après l'adoption des dispositions attaquées, ne traite pas tous les opérateurs de la même manière.

A.2.1. Le premier moyen est dirigé contre les articles 173, 3°, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV) et est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Ces dispositions seraient violées pour trois raisons.

Tout d'abord, c'est le législateur fédéral - et pas l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) - qui détermine la « charge injustifiée » de la SA « Belgacom » aux articles 202 et 203, alors qu'il s'agit bien de l'IBPT pour les autres prestataires du service universel, ce qui a pour effet que le constat de la « charge injustifiée » de la SA « Belgacom » peut exclusivement être attaqué devant la Cour constitutionnelle qui ne peut qu'annuler cette fixation, alors que le constat de cette charge dans le chef des autres prestataires doit être contesté devant la Cour d'appel de Bruxelles, qui peut y substituer sa propre décision en matière de détermination de la « charge injustifiée ». Les garanties offertes par les voies de recours respectives sont à ce point différentes que la mesure attaquée est discriminatoire.

Ensuite, en ce qui concerne la détermination de la « charge injustifiée » de la SA « Belgacom », le législateur s'est basé sur les calculs de ses frais dans la décision du Conseil de l'IBPT du 17 mai 2005 « concernant l'évaluation provisoire du coût net du service universel pour l'année 2003 », la « Décision relative au coût net ». Ces calculs ont été effectués sur la base de la comptabilité de la SA « Belgacom » de 2001, alors que pour le calcul de la « charge injustifiée » des parties requérantes, l'IBPT se baserait sur les chiffres actuels, d'autant qu'elles ne pourraient prouver ces frais pour cette même période puisqu'elles ne doivent offrir la composante sociale du service universel que depuis 2005.

Enfin, le constat de la « charge injustifiée » de la SA « Belgacom » ne peut être revu qu'au moyen d'une intervention législative, puisque ce constat est fait par le législateur, alors que pour les autres prestataires, ce constat peut être revu simplement et en tout temps par l'IBPT, sans intervention législative.

A.2.2. Les parties requérantes font valoir que l'argumentation qui a amené la Cour, dans l'arrêt n° 53/2006, à estimer que la SA « Belgacom », exonérée en matière de précompte immobilier, pouvait être traitée différemment des autres opérateurs parce que cette entreprise était la seule à l'époque qui devait offrir le service universel, n'est plus pertinente à l'heure actuelle, puisque tous les opérateurs sont obligés d'offrir la composante sociale du service universel et peuvent être désignés comme prestataire d'une ou de plusieurs autres composantes du service universel.

A.2.3. La différence de traitement dénoncée n'est ni objectivement ni raisonnablement justifiée, à l'estime des parties requérantes.

Les dispositions attaquées par le premier moyen ne poursuivent pas un but licite. Qui plus est, le but poursuivi ne saurait être déduit des travaux préparatoires, de sorte que la distinction opérée serait par définition inacceptable. Le seul commentaire à trouver précise peut-être pourquoi les articles 202 et 203 litigieux ont été instaurés mais pas pourquoi les parties requérantes sont discriminées par rapport à la SA « Belgacom ». Elles ne voient pas davantage en quoi la différence de traitement pourrait servir un quelconque but d'intérêt général ou public.

En outre, la différence de traitement est disproportionnée au but visé, selon ces parties.

En l'absence d'un quelconque but, les mesures prises ne sont, par définition, pas proportionnées au but. Il est également établi que les parties requérantes subissent un préjudice disproportionné. En effet, la SA « Belgacom » peut prétendre aujourd'hui, sur la base d'un calcul de ses coûts nets de 2001, à des rétributions de la part des parties requérantes, alors que, sur la base des chiffres actuels, il n'y aurait peut-être même plus de « charge injustifiée » aujourd'hui, auquel cas aucune compensation ne lui serait due. Plusieurs coûts de la SA « Belgacom » ont diminué, entre autres du fait de l'entrée en vigueur de la loi sur les communications électroniques, comme les coûts inhérents à la gestion de la banque de données des tarifs sociaux, les coûts liés au contrôle effectué en la matière par l'IBPT et plus par la SA « Belgacom », les coûts pour les cabines téléphoniques publiques, qui ont fortement diminué en nombre, et les coûts de la gestion des lignes en cuivre dans la boucle locale.

Un autre préjudice grave réside dans la portée restreinte de la voie de recours utilisable contre les articles 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007, alors qu'un recours de pleine juridiction peut être introduit auprès de la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions de l'IBPT.

Enfin, il y a également le fait qu'une révision du constat de la prétendue « charge injustifiée » de la SA « Belgacom » n'est possible que par la voie légale, ce qui constitue une conséquence disproportionnée de la mesure.

A.2.4. Dans leur mémoire en réponse, ces parties examinent également plus à fond la portée des articles 12 et 13 de la directive SU, d'où il découlerait que le mécanisme de financement ne peut s'appliquer qu'au moment où l'autorité réglementaire nationale estime que l'offre d'une composante du service universel peut représenter une « charge injustifiée » pour une entreprise déterminée, après quoi elle doit vérifier *in concreto* pour cette entreprise, sur la base d'un calcul des coûts nets, si l'offre de cette composante constitue une « charge injustifiée ». Il s'ensuit, dès lors, que le législateur aurait disposé à tort *in abstracto* aux articles 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 que les coûts nets pour la fourniture du service universel constituent une « charge injustifiée » donnant droit à une rétribution, même s'il devait apparaître *in concreto* qu'il n'y a pas de « charge

injustifiée ». Elles répètent que les dispositions précitées sont faites sur mesure pour la SA « Belgacom » et que toute interprétation en sens contraire va à l'encontre du texte même de ces dispositions. C'est faire preuve de peu de sérieux que d'affirmer qu'une évaluation générale, *in abstracto*, du caractère injustifié de la charge de tous les opérateurs aurait été faite à la demande de la SA « Belgacom » sur la seule base des chiffres de cette entreprise. Dans cette interprétation, les articles 74, avant-dernier alinéa, et 45bis de l'annexe de la loi relative aux communications électroniques n'ont aucune fonction. La seule explication logique à l'insertion de l'article 202 est que cette disposition énonce pour la seule SA « Belgacom » que les coûts nets constituent une « charge injustifiée ». Les autres opérateurs devront introduire une demande de calcul de leurs coûts nets auprès de l'IBPT, lequel calculera ces coûts sur la base des deux dispositions précitées et ce n'est que si l'IBPT arrive à constater *in concreto* qu'ils constituent une « charge injustifiée » que l'opérateur dont il s'agit aura droit à une rétribution. Seule cette interprétation est conforme à la directive.

Position du Conseil des ministres

A.3. Selon le Conseil des ministres, les parties requérantes partent d'une lecture erronée des dispositions attaquées, en ce que le législateur serait arrivé à constater pour la seule SA « Belgacom » que l'offre des composantes du service universel constituerait une « charge injustifiée » et en ce que ce constat aurait eu lieu sur la base des chiffres qui ont conduit à la « Décision relative au coût net » précitée. Les articles 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 ont, au contraire, une portée générale et disposent qu'il faut partir du principe, pour tous les opérateurs, que l'accomplissement des obligations de service universel représente une « charge injustifiée » dès l'instant où la fourniture des services précités entraîne une situation déficitaire. La référence au « prestataire historique » n'est rien de plus qu'une esquisse du contexte matériel dans lequel le législateur a procédé, en sa qualité d'autorité réglementaire nationale, à une évaluation de la question du caractère injustifié de la charge. Le noyau de la disposition interprétative réside dans la deuxième phrase des articles respectifs dont il résulte qu'il est question d'une « charge injustifiée » dès qu'existe une situation déficitaire, et ce quel que soit l'opérateur qui fournit ce service.

A.4. Il découle en ordre principal de ce constat que le recours est irrecevable à défaut d'intérêt puisque les dispositions attaquées ne créent pas de situation défavorable pour les parties requérantes et qu'elles ne sont aucunement traitées de manière différente. Qui plus est, du fait des dispositions litigieuses, les opérateurs individuels n'ont plus besoin d'adresser une demande à l'IBPT afin d'évaluer s'il y a ou non une « charge injustifiée » dans leur chef. Ils ne courent plus le risque que l'autorité réglementaire nationale arrive à la conclusion qu'il n'existerait pas de « charge injustifiée » dans leur chef, ce qui les priverait de toute possibilité de compensation pour l'octroi d'une composante quelconque du service universel. Le recours doit donc être rejeté à défaut d'intérêt dans le chef des parties requérantes.

En ce que les parties requérantes dénoncent le fait que la directive SU a été mal transposée en droit belge - moyen qui a été développé pour la première fois dans le mémoire en réponse et qui est donc irrecevable -, le Conseil des ministres observe qu'elles ne peuvent mener ce débat devant la Cour constitutionnelle, mais devant la Cour de justice. Leur position, dans le cadre de laquelle elles rejettent l'interprétation des dispositions litigieuses par le Conseil des ministres, revient du reste à ce qu'elles voient un problème dans le fait que tous les opérateurs soient traités de manière identique.

A.5. Dans le même esprit, le Conseil des ministres fait valoir que le premier moyen est dépourvu de fondement en l'absence d'un traitement inégal. Le constat qu'il est question d'une « charge injustifiée », quel que soit l'opérateur, dès qu'apparaît une situation déficitaire due à la fourniture du service universel, n'est aucunement fondé sur les chiffres de 2001 qui ont donné lieu à la « Décision relative au coût net ». Le Conseil des ministres ne voit dès lors pas en quoi consisterait le traitement inégal et en quoi le principe d'égalité serait violé.

En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres observe, en ce qui concerne la différence de procédure dénoncée, que le législateur n'a pas décidé pour la seule SA « Belgacom » dans quels cas il y a une « charge injustifiée », mais pour tous les opérateurs, de sorte qu'à cet égard aussi, il n'y a pas de différence de traitement. L'évaluation de la « charge injustifiée » doit dès lors, tant pour ce qui concerne la SA « Belgacom » qu'en ce qui concerne les parties requérantes, être attaquée devant la Cour constitutionnelle et non devant la cour d'appel. Cette dernière ne dispose du reste pas d'une plénitude de juridiction mais n'exerce, eu égard au pouvoir d'appréciation étendu de l'IBPT, qu'un contrôle marginal. Elle peut contrôler les activités de l'IBPT mais ne peut aucunement exercer elle-même le pouvoir d'appréciation de ce dernier.

Dans cette perspective, les arguments relatifs au critère téléologique et au principe de proportionnalité sont également dépourvus de fondement.

Position de la SA « Belgacom »

A.6. La SA « Belgacom » estime qu'en sa qualité d'entreprise chargée de fournir les différentes composantes du service universel, elle a suffisamment d'intérêt pour intervenir dans la procédure, puisque les dispositions attaquées font partie du régime de financement des coûts nets du service universel en matière de communications électroniques et que leur annulation éventuelle risque de compliquer l'octroi de compensations à la SA « Belgacom » pour la fourniture des différentes composantes du service universel.

La partie intervenante observe que les parties requérantes ont justifié leur intérêt de manière extrêmement sommaire, alors que cet intérêt est tout sauf évident dans une affaire et une matière particulièrement complexes. Toujours selon cette partie, les parties requérantes n'ont pas d'intérêt parce que les dispositions qu'elles attaquent n'ont pas la moindre incidence défavorable sur leur situation. Elles fondent plus particulièrement leur intérêt sur une lecture erronée des dispositions litigieuses, de sorte que leurs intérêts ne sont en réalité pas violés. En outre, les articles 202 et 203 attaqués de la loi du 25 avril 2007 ne précisent explicitement que l'intervention matérielle et l'existence de certains actes et décisions du législateur qui ont toujours existé, de sorte qu'ils ne règlent pas en tant que tels de nouvelles règles de droit, obligations ou responsabilités et qu'ils ne peuvent dès lors affecter directement et défavorablement les droits et intérêts des parties requérantes.

Pour les raisons précitées, la SA « Belgacom » constate, en ordre principal, à l'égard de chaque moyen qu'il est irrecevable.

A.7.1. En ce qui concerne le premier moyen, la SA « Belgacom » objecte que les articles 202 et 203 attaqués de la loi du 25 avril 2007 expliquent seulement de quelle manière les étapes mentionnées par la directive SU relativement au calcul des coûts et à l'instauration d'un mécanisme de financement pour les obligations de service universel ont été accomplies par les autorités belges concernées. Selon ces articles, le législateur a évalué, en tant qu'autorité réglementaire nationale, lors de la préparation de la loi sur les communications électroniques, le caractère « injustifié » de la charge et pris à ce sujet la décision d'instaurer un mécanisme de financement. Ce mécanisme consiste à répartir les coûts nets entre tous les opérateurs qui fournissent un service de téléphone public aux consommateurs. Il est applicable de manière égale à tous les opérateurs et satisfait, selon cette partie intervenante, aux principes de transparence, de distorsion minimale du marché, de non-discrimination et de proportionnalité, conformément à l'article 13 de la directive SU.

Les autres dispositions ne concernent plus l'instauration du mécanisme de financement, mais l'application effective de la répartition des coûts nets après l'instauration du mécanisme. Sur la base de la réglementation européenne, seuls les coûts nets des obligations de service universel peuvent être financés, coûts qui doivent être fixés en tenant compte des éventuels avantages de marché qui découlent, pour une entreprise désignée, de la fourniture du service universel. En ce qui concerne la composante sociale, l'IBPT calcule, pour chaque opérateur qui a introduit une demande y relative, les coûts nets sur la base de l'article 45bis de l'annexe de la loi EC et, pour les autres composantes, les coûts nets de chaque prestataire concerné sur la base des articles 41, 42, 44 et 45 de la même annexe. Il n'y a donc pas de différence fondamentale entre, d'une part, le calcul des coûts nets en vue d'instaurer ou non un mécanisme de financement - ce qui est une opération unique précédant l'instauration d'un mécanisme de compensation - et, d'autre part, le calcul des coûts nets en vue de rétribuer les prestataires, ce qui est une opération annuelle en vue du paiement des rétributions à tous les opérateurs concernés. Les parties requérantes feraient sciemment miroiter à la Cour une discrimination - inexistante - en comparant le calcul des coûts nets en vue d'instaurer ou non un mécanisme de financement avec le calcul des coûts nets en vue de rétribuer les prestataires. En effet, il s'agit de deux cas distincts et non comparables, alors que dans chacun de ces cas, la SA « Belgacom » et les parties requérantes ont été et sont traitées de manière parfaitement égale.

A.7.2. La SA « Belgacom » souligne que la « charge injustifiée » pour l'octroi des différentes composantes du service universel a été déterminée pour tous les opérateurs sur la base des mêmes données. Puisqu'elle était la seule à fournir toutes les composantes du service universel lors de la détermination de la « charge injustifiée », les composantes disponibles pour l'évaluation du caractère injustifié de la charge - entre autres, mais pas

exclusivement, la détermination des coûts nets du service universel - étaient évidemment basées sur les données de la SA « Belgacom ». Cela ne change cependant rien au fait que lors de l'élaboration de la loi relative aux communications électroniques, le législateur a constaté le caractère injustifié de la charge de la fourniture des services universels à l'égard de tous les opérateurs et pas seulement à l'égard de la SA « Belgacom ». En effet, les articles 202 et 203 renvoient purement et simplement à la demande de la SA « Belgacom » d'évaluer le caractère injustifié de la charge, mais sont formulés en termes généraux et concernent donc « la charge injustifiée » de la fourniture du service universel, qui est constatée à l'égard de tous les opérateurs. Par ailleurs, c'est à tort - et de nature à induire en erreur - que les parties requérantes procèdent au « calcul » de leur « charge injustifiée » actuelle, qui, à leur estime, s'effectue sur la base de chiffres actuels; or, il n'est plus question d'un tel « calcul » puisque cette évaluation a déjà été effectuée en 2005 par le législateur en sa qualité d'autorité réglementaire nationale.

De même, pour le calcul qui est fait en vue du paiement des compensations éventuelles, toutes les parties sont traitées de manière égale, en ce que tant le droit à la rétribution que les modalités de celle-ci sont en principe les mêmes. Il peut tout au plus être constaté que l'article 45bis nouveau de l'annexe de la loi relative aux communications électroniques dispose, pour la seule SA « Belgacom », que la rétribution à laquelle il peut être prétendu sera réduite, ce qui désavantage plutôt la partie intervenante et avantage les parties requérantes.

Ne fût-ce que pour tous les motifs précités, le premier moyen est dépourvu de fondement, selon la partie intervenante.

A.7.3. Surabondamment, la SA « Belgacom » objecte à l'égard du premier moyen que tant les parties requérantes qu'elle-même disposent des mêmes possibilités d'action dans le cadre des décisions respectives des autorités réglementaires nationales, et ajoute qu'il ne peut être constaté de distinction en ce qui concerne la possibilité de révision de leurs décisions et que le calcul annuel des coûts nets, rétributions et compensations dans le cadre du financement du service universel est effectué aussi bien pour les parties requérantes que pour la partie intervenante par l'IBPT et le Fonds, de sorte que ceux-ci sont aussi en mesure de revoir ce calcul pour toutes ces parties et qu'il n'est pas davantage question d'un traitement différent.

A.7.4. La partie intervenante estime en tout état de cause que l'interprétation qu'elle préconise ne va pas à l'encontre des articles 12 et 13 de la directive SU, qui n'excluent pas que, sur la base du calcul du coût net d'une entreprise, il soit conclu au caractère injustifié de ce coût net et qu'un système de compensation soit ensuite instauré pour toutes les entreprises qui devront supporter ce coût net. Les dispositions litigieuses doivent être lues dans le contexte de l'ensemble de la directive. L'article 12 de la directive, qui parle explicitement d'« entreprises » au pluriel, porte donc en réalité sur tous les coûts nets pour la fourniture du service universel et pas seulement sur ceux concernant une seule entreprise. La référence à l'article 13, paragraphe 1, de la directive SU est trompeuse en ce que ce n'est pas le *littera* a - en vertu duquel le mécanisme de financement compense les coûts nets à l'aide de moyens publics - mais le *littera* b - en vertu duquel les coûts sont répartis entre tous les prestataires - qui est d'application. L'interprétation des parties requérantes aboutirait à cette conclusion absurde que les entreprises ne percevraient une rétribution que si la « charge injustifiée » dans le chef d'une entreprise est constatée à sa demande expresse, alors que toutes les entreprises doivent fournir le service universel et donc supporter un certain coût net et contribuer à la fois au coût net de l'entreprise pour laquelle le coût net constitue une « charge injustifiée ». Etant donné que tous les opérateurs qui fournissent un service de téléphone public doivent également offrir la composante sociale, il est logique que l'examen et l'instauration d'un mécanisme de compensation aient été réglés de manière commune pour tous. En ce qui concerne la fourniture du service universel, le législateur a estimé à juste titre que chaque situation déficitaire qui ressort, pour l'une des entreprises concernées, du calcul des coûts nets est constitutive d'une « charge injustifiée », pour autant qu'il soit tenu compte du bénéfice indirect.

Au demeurant, la demande d'un opérateur ne change rien au constat que le législateur peut disposer de toutes les données nécessaires pour procéder - pour autant que nécessaire - à une évaluation globale et générale du caractère injustifié de la charge de la fourniture du service universel pour tous les opérateurs. L'existence de la « charge injustifiée » a été constatée à un moment où seule la SA « Belgacom » fournissait toutes les composantes du service universel.

A.7.5. En tout état de cause, la SA « Belgacom » ne voit pas de contradiction entre les dispositions attaquées et les alinéas 6 et 7 de l'article 74 de la loi relative aux communications électroniques. En effet, ces dispositions se complètent. Les opérateurs sont tous tenus de contribuer à la composante sociale du service universel, proportionnellement à leur chiffre d'affaires total sur le marché de la téléphonie publique. Ils contribuent, en principe en nature, à fournir la composante sociale du service universel. Sans régime de

compensation complémentaire, il en résulterait une distorsion de la concurrence et une contribution inégale des opérateurs à la composante sociale du service universel. Le mécanisme de compensation, qui prend en considération le rapport entre la part réelle et la part théorique de chaque opérateur, prévoira dans ce cas une contribution à la composante sociale « par équivalent ».

- B -

En ce qui concerne les dispositions attaquées

B.1.1. Le recours en annulation, introduit par la SA « Base » et autres, est dirigé contre les articles 173, 3^o et 4^o, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 « portant des dispositions diverses (IV) » (*Moniteur belge* du 8 mai 2007, troisième édition). Les dispositions attaquées modifient plusieurs articles de la loi du 13 juin 2005 « relative aux communications électroniques » (ci-après : la loi relative aux communications électroniques).

B.1.2. L'article 173 de la loi du 25 avril 2007 apporte à l'article 74 de la loi relative aux communications électroniques les modifications suivantes, dont seules les troisième et quatrième modifications sont attaquées.

L'alinéa 1er de l'article 74 de la loi relative aux communications électroniques est remplacé par les mots :

« La composante sociale du service universel consiste en la fourniture, par chaque opérateur offrant un service téléphonique public aux consommateurs, de conditions tarifaires particulières à certaines catégories de bénéficiaires ».

Sont insérés, dans l'alinéa 4 de l'article 74 de la loi relative aux communications électroniques, après les mots « d'indemniser les prestataires de tarifs sociaux », les mots suivants : « qui ont introduit une demande à cet effet auprès de l'Institut ».

Dans l'article 74 de la loi relative aux communications électroniques est inséré un alinéa, qui dispose :

« L'Institut calcule, selon la méthodologie définie dans l'annexe, le coût net des tarifs sociaux pour chaque opérateur qui a introduit une demande dans ce sens auprès de l'Institut ».

A l'article 74 de la loi relative aux communications électroniques est en outre ajouté un alinéa, qui dispose :

« L'Institut peut déterminer les modalités de calcul des coûts et des compensations dans les limites établies par la présente loi et par son annexe ».

A la suite des modifications précitées, l'article 74 de la loi relative aux communications électroniques dispose désormais :

« La composante sociale du service universel consiste en la fourniture, par chaque opérateur offrant un service téléphonique public aux consommateurs, de conditions tarifaires particulières à certaines catégories de bénéficiaires.

Les catégories de bénéficiaires et les conditions tarifaires visées à l'alinéa 1er, ainsi que les procédures visant à l'obtention desdites conditions tarifaires sont définies en annexe.

L'Institut remet chaque année au ministre un rapport sur les parts relatives des opérateurs dans le nombre total d'abonnés sociaux par rapport à leurs parts de marché sur la base du chiffre d'affaires sur le marché de la téléphonie publique.

Il est créé un fonds pour le service universel en matière de tarifs sociaux chargé d'indemniser les prestataires de tarifs sociaux qui ont introduit une demande à cet effet auprès de l'Institut. Ce fonds est doté de la personnalité juridique et géré par l'Institut.

Le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de l'Institut, les modalités de fonctionnement de ce mécanisme.

S'il s'avère que le nombre de réductions de tarifs accordées par l'opérateur est inférieur au nombre de réductions de tarifs correspondant à sa part du chiffre d'affaires global du marché de la téléphonie publique, cet opérateur doit compenser cette différence.

S'il s'avère que le nombre de réductions de tarifs accordées par l'opérateur est supérieur au nombre de réductions de tarifs correspondant à sa part du chiffre d'affaires global du marché de la téléphonie publique, cet opérateur recevra une indemnité d'un montant égal à cette différence.

Les compensations visées aux alinéas précédents sont dues immédiatement. La compensation effective opérée par le biais du fonds aura lieu dès que celui-ci sera devenu opérationnel et au plus tard dans le courant de l'année suivant l'entrée en vigueur du présent article.

L'Institut calcule, selon la méthodologie définie dans l'annexe, le coût net des tarifs sociaux pour chaque opérateur qui a introduit une demande dans ce sens auprès de l'Institut.

L'Institut peut déterminer les modalités de calcul des coûts et des compensations dans les limites établies par la présente loi et par son annexe ».

L'article 202 attaqué dispose :

« A l'article 74, dernier alinéa [actuellement l'alinéa 8], de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, les mots ' Les compensations visées aux alinéas précédents sont dues immédiatement. ' doivent être interprétés comme suit :

' Lors de la préparation de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, compte tenu des conditions prévues dans la directive européenne 2002/22/CE concernant le service universel et à la suite d'une demande à cet égard de la part du prestataire historique du service universel et après fixation du coût net du service universel par l'Institut, le législateur, en tant qu'autorité réglementaire nationale, a procédé à une évaluation du caractère déraisonnable de la charge. A cet égard, le législateur a, comme cela a d'ailleurs été constaté par le Conseil d'Etat, estimé que, dans la mesure où il est tenu compte de tout le bénéfice indirect, y compris le bénéfice immatériel pouvant être généré par cette prestation, toute situation déficitaire que ce calcul fait apparaître est en effet une charge déraisonnable. ' ».

B.1.3. L'article 200 attaqué de la loi du 25 avril 2007 insère dans l'annexe de la loi relative aux communications électroniques un article 45bis, intitulé « Section 6. - De la composante sociale du service universel », qui dispose :

« Le coût net des tarifs sociaux du service universel correspond à la différence entre les recettes que le prestataire des tarifs sociaux toucherait dans des conditions commerciales normales et celles qu'il reçoit à la suite des réductions prévues dans la présente loi en faveur du bénéficiaire du tarif social.

Pendant les cinq premières années de l'entrée en vigueur de la loi, la compensation que le prestataire historique des tarifs sociaux reçoit le cas échéant, est diminuée d'un pourcentage fixé par l'Institut.

Le pourcentage dont question dans l'alinéa précédent est fixé sur la base du bénéfice indirect. L'Institut se basera sur des calculs qu'[il] a déjà faits en fixant les coûts nets du prestataire historique des tarifs sociaux ».

B.1.4. L'article 203 attaqué de la loi du 25 avril 2007 vise à interpréter quelques mots de l'article 101, alinéa 1er, de la loi relative aux communications électroniques.

L'article 101 de la loi relative aux communications électroniques dispose :

« Pour chacune des composantes du service universel, à l'exception de la composante sociale, le fonds est redevable d'une rétribution aux prestataires concernés.

Le montant de la rétribution indexée correspond :

1° au coût net calculé conformément à la méthodologie contenue dans l'annexe, tel qu'approuvé par l'Institut, pour les prestataires désignés d'office, et indexé en appliquant l'indice santé;

2° au montant fixé au terme de la procédure ouverte de désignation, indexé en appliquant l'indice santé, pour tout prestataire désigné en application d'un mécanisme ouvert de désignation ».

L'article 203 attaqué dispose :

« A l'article 101, alinéa 1er, de la même loi, les mots ' Pour chacune des composantes du service universel, à l'exception de la composante sociale, le fonds est redevable d'une rétribution aux prestataires concernés. ' doivent être interprétés comme suit :

' Lors de la préparation de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, compte tenu des conditions prévues dans la directive européenne 2002/22/CE concernant le service universel et à la suite d'une demande à cet égard de la part du prestataire historique du service universel et après fixation du coût net du service universel par l'Institut, le législateur, en tant qu'autorité réglementaire nationale, a procédé à une évaluation du caractère déraisonnable de la charge. A cet égard, le législateur a, comme cela a d'ailleurs été constaté par le Conseil d'État, estimé que, dans la mesure où il est tenu compte de tout le bénéfice indirect, y compris le bénéfice immatériel pouvant être généré par cette prestation, toute situation déficitaire que ce calcul fait apparaître est en effet une charge déraisonnable, et que celle-ci doit être supportée par toutes les entreprises concernées. ' ».

En ce qui concerne la recevabilité du recours

B.2. Le Conseil des ministres et la partie intervenante, la SA « Belgacom », contestent l'intérêt des parties requérantes au recours en annulation.

A leur estime, tous les prestataires du service universel, tant la SA « Belgacom » que les parties requérantes, sont traités de manière égale par les dispositions attaquées. Ces dispositions ne créant pas de situation défavorable, en ce qu'il est reconnu, pour tous les

prestataires, que la fourniture du service universel constitue une « charge injustifiée », les parties requérantes ne justifieraient pas de l'intérêt requis.

B.3. Les parties requérantes sont des prestataires du service universel en matière de télécommunications. Elles font valoir que les articles attaqués, dans l'interprétation qui doit, selon elles, leur être donnée, violent les dispositions citées aux moyens.

Les articles attaqués affectent la situation juridique des parties requérantes puisqu'ils règlent les droits des prestataires du service universel. En fonction de l'interprétation donnée à ces dispositions, elles sont ou ne sont pas affectées de manière défavorable. En ce qu'il implique que doive être préalablement recherchée la signification de ces dispositions, l'examen de l'exception d'irrecevabilité se confond avec l'examen du fond de l'affaire.

Quant au fond

B.4. Le premier moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, est dirigé contre les articles 173, 3°, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV).

La différence de traitement critiquée consiste en ce que le législateur a constaté pour la seule SA « Belgacom » que la fourniture du service universel constitue une « charge injustifiée » et que ce constat ne peut être revu que par le législateur, alors que « la charge injustifiée » pour les parties requérantes a été constatée et peut être revue à l'avenir par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après : l'IBPT). En outre, le législateur se serait fondé, pour la fixation des coûts nets de la SA « Belgacom », sur des chiffres provenant de la comptabilité de 2001, alors que pour les parties requérantes, la fixation des coûts nets aurait été effectuée par l'IBPT sur la base de chiffres actuels. A l'estime des parties requérantes, il n'existe aucune justification pour ces différences de traitement.

B.5. L'interprétation des dispositions attaquées soutenue par le Conseil des ministres et la SA « Belgacom » a pour effet que la différence de traitement dénoncée par les parties requérantes serait inexistante, en ce qu'en sa qualité d'autorité réglementaire nationale, le

législateur aurait constaté que l'offre de la composante sociale du service universel pour tous les prestataires, parmi lesquels également les parties requérantes depuis 2005, formerait une « charge injustifiée ».

B.6. La Belgique a été citée devant la Cour de justice des Communautés européennes par la Commission européenne au motif que la législation belge en matière de détermination de la « charge injustifiée » (*unfair burden assessment*) et en matière de calcul des coûts nets pour la fourniture du service universel (*calculation of the net costs*), en particulier en ce qui concerne les tarifs sociaux, en dépit des modifications adoptées par les dispositions attaquées, n'est toujours pas conforme à 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 ») (ci-après : la directive SU).

B.7. L'article 12 de la directive SU dispose :

« Calcul du coût des obligations de 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.

A 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 ».

B.8. L'examen du premier moyen exige de déterminer si l'article 12 de la directive SU permet que le législateur fédéral, en sa qualité d'autorité réglementaire nationale, puisse

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.

Avant de poursuivre l'examen du premier moyen, il faut dès lors, en application de l'article 234, troisième alinéa, du Traité CE, poser à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle formulée dans le dispositif.

Par ces motifs,

la Cour

pose la question préjudicielle suivante à la Cour de justice des Communautés européennes :

« L'article 12 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') peut-il être interprété en ce sens qu'il permet au législateur compétent d'un Etat membre, agissant en qualité d'autorité réglementaire nationale, 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 ? ».

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 1er septembre 2008.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt