

Numéro du rôle : 4330
Arrêt n° 7/2011 du 27 janvier 2011

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 R. Henneuse, des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey et P. Nihoul, et, conformément à l'article 60*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, du président émérite M. Melchior, 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^o et 4^o, 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.

Par l'arrêt n^o 131/2008 du 1er septembre 2008, la Cour a posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, qui y a répondu par arrêt du 6 octobre 2010 dans l'affaire C-389/08.

Par ordonnance du 9 novembre 2010, la Cour a fixé l'audience au 1er décembre 2010, après avoir invité les parties à exposer, dans un mémoire complémentaire à introduire le 24 novembre 2010 au plus tard et dont elles devaient faire parvenir une copie aux autres parties dans le même délai, leurs observations éventuelles à la suite des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 6 octobre 2010 dans les affaires C-389/08 et C222/08.

Des mémoires complémentaires ont été introduits par :

- le Conseil des ministres;
- les parties requérantes.

A l'audience publique du 1er décembre 2010 :

- ont comparu :

. Me D. Arts et Me T. De Cordier, avocats au barreau de Bruxelles, pour les parties requérantes SA « KPN Group Belgium » (antérieurement la SA « Base »), SA « Euphony Benelux » et SA « Mobistar »;

. Me J. Roets *loco* Me F. Vandendriessche, avocats au barreau de Bruxelles, pour la SA « Belgacom » et la SA « Scarlet Belgium » (antérieurement la SA « Uninet International »);

. Me S. Depré et Me K. Man, 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;

- Me J. Roets a déclaré que la SA « Scarlet Belgium » (antérieurement la SA « Uninet International »), reprise par la SA « Belgacom », avait décidé de se désister de son recours en annulation;

- l'affaire a été mise en délibéré.

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

II. *En droit*

- A -

Quant aux moyens pris de la violation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, invoqués par les parties à l'appui de leur requête

Position des parties requérantes

A.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 ') ».

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.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 non 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 pour les 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 figurant 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 que les parties requérantes 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 que par 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, selon les 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 qu'on puisse trouver précise peut-être pourquoi les articles 202 et 203 litigieux ont été instaurés mais n'explique pas pourquoi les parties requérantes sont discriminées par rapport à la SA « Belgacom ». Ces parties requérantes 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'existerait aujourd'hui même peut-être plus de « charge injustifiée », auquel cas aucune compensation ne lui serait due. Divers coûts de la SA « Belgacom » ont diminué, entre autres du fait de l'entrée en vigueur de la loi sur les communications électroniques, tels les coûts de gestion de la banque de données des tarifs sociaux, les coûts liés au contrôle en la matière, effectué 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 gestion de 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 » supportée par la SA « Belgacom » n'est possible que par la voie législative, 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 sur le service universel, 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 ». Les parties requérantes répètent que les dispositions précitées sont faites

sur mesure pour la SA « Belgacom » et que toute autre interprétation 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'auraient 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 conclut *in concreto* qu'ils constituent une « charge injustifiée » que l'opérateur concerné aura droit à une rétribution. Seule cette interprétation est conforme à la directive.

A.3. Le deuxième moyen, dirigé contre les articles 173, 4°, et 200 de la loi du 25 avril 2007, est pris de la violation des articles 170 et 172 de la Constitution, en ce que les éléments essentiels des compensations à payer par les parties requérantes, qui constituent un impôt, sont fixés par le pouvoir exécutif (l'IBPT), alors qu'il n'existe pas de justification pour cette différence de traitement par rapport aux autres contribuables, pour lesquels les éléments essentiels d'un impôt sont effectivement fixés par le législateur.

Les compensations à payer, qui sont dues au Fonds du service universel, constituent un impôt, ainsi qu'il ressort de l'arrêt n° 21/97 de la Cour, qui confirme à cet égard les arrêts n°s 64/95 et 87/95, relatifs à des redevances comparables. La circonstance que la redevance contestée est destinée à un Fonds du service universel n'y change rien, puisqu'elle est imposée par l'Etat. Les modalités de détermination des éléments essentiels des compensations que doivent payer au Fonds les parties requérantes sont laissées au pouvoir exécutif. Non seulement, l'article 73 de la loi relative aux communications électroniques, qui concerne le fonctionnement du mécanisme de compensation pour la composante sociale du service universel et dont un nouvel alinéa habilite l'IBPT à fixer des modalités d'exécution en la matière, et l'article 45bis, nouvellement inséré, de l'annexe de la même loi, qui règle la réduction des compensations pour la SA « Belgacom », sont particulièrement sommaires mais, en outre, des critères plus précis permettant de calculer les compensations à payer au Fonds font défaut, avec pour effet que les articles mentionnés dans le moyen seraient violés. De même, la manière dont l'IBPT pourrait déterminer quels facteurs doivent être compris dans le bénéfice indirect est totalement imprécise, alors que le fait de déterminer si certains facteurs sont compris dans le bénéfice indirect et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, constitue un élément essentiel de l'établissement de l'impôt. On ne peut pas davantage déterminer avec certitude de quel pourcentage doit être diminué le montant que reçoit la SA « Belgacom » à la suite de l'offre de la composante sociale du service universel, puisqu'il n'est pas précisé exactement comment l'IBPT devra fixer le pourcentage, sur la base du bénéfice indirect.

A.4. Le troisième moyen, pris de la violation des articles 10 et 11, combinés avec l'article 84, de la Constitution, est dirigé contre les articles 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007, qui interprètent l'article 74, dernier alinéa, de la loi relative aux communications électroniques, énonçant que les compensations sont dues immédiatement, et l'article 101, alinéa 1er, de la même loi, en vertu duquel le fonds doit verser une rétribution aux prestataires concernés pour chaque composante du service universel, à l'exception de la composante sociale.

Selon les parties requérantes, ces dispositions ne satisfont pas aux exigences posées par la jurisprudence de la Cour à l'égard d'une disposition législative interprétative, à savoir qu'elle soit une réaction à une situation d'insécurité juridique et qu'elle ait pour but d'y remédier. En effet, il n'aurait pas existé de situation d'insécurité juridique avant l'instauration de la disposition législative, ou du moins les parties requérantes n'en ont pas connaissance puisque le législateur n'y a pas fait référence lors des travaux préparatoires. Il est vrai que la directive en question a été mal transposée dans la législation belge, comme le font ressortir, entre autres, les mises en demeure lancées par la Commission européenne, mais ceci ne saurait être assimilé à un problème d'interprétation. Une loi interprétative n'est pas appropriée pour adapter la loi interprétée à une norme juridique supérieure, telle que la directive en question. La discussion n'a du reste rien à voir avec les dispositions qui sont interprétées et qui ne concernent aucunement la détermination de la « charge déraisonnable » à effectuer.

Les dispositions litigieuses ne remédient pas davantage à une situation d'insécurité juridique. Puisqu'il n'existait pas d'insécurité juridique avant leur instauration, il n'est pas non plus satisfait à cette seconde condition. Dès lors que les dispositions attaquées instaurent les discriminations dénoncées, elles ne sauraient

d'ailleurs être considérées comme des dispositions qui contribuent à une plus grande sécurité juridique, ce qui est pourtant la raison d'être de la technique de la législation interprétative.

Les parties requérantes concluent dès lors que les dispositions attaquées sont en fait des dispositions législatives rétroactives illicites qui peuvent être requalifiées par la Cour, conformément à sa jurisprudence de l'arrêt n° 25/2005, de dispositions législatives purement rétroactives. Celles-ci aussi doivent remplir des conditions restrictives, en raison de leur rétroactivité, laquelle ne peut se justifier que si elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général, tels le bon fonctionnement ou la continuité du service public, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Position du Conseil des ministres

A.5. 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, pour tous les opérateurs, partir du principe 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.6. Selon le Conseil des ministres, le premier moyen est dépourvu de fondement, faute de 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 de la 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.

A.7. Selon le Conseil des ministres, le deuxième moyen n'est pas davantage fondé. En effet, il n'y a pas de délégation de compétence au pouvoir exécutif, puisque les compensations à payer au Fonds sont déterminées par le législateur lui-même. Les articles 173, 4°, et 200 de la loi du 25 avril 2007 ne sont dès lors rien d'autre que la transposition de la directive, sur la base de laquelle l'autorité réglementaire nationale doit calculer le coût net des obligations de service universel. Eu égard à la primauté du droit européen sur le droit interne, on ne voit pas ce qui pourrait être reproché au législateur en l'espèce. La première disposition limite explicitement la compétence de l'IBPT en disposant que cet institut ne peut agir que dans les limites fixées par la loi relative aux communications électroniques et son annexe, tandis que la deuxième disposition fixe elle-même les éléments essentiels qui doivent être pris en compte pour le calcul des coûts nets et, partant, des compensations, de sorte qu'il n'y a pas de délégation de compétence.

A.8. En ce qui concerne le troisième moyen, le Conseil des ministres renvoie au commentaire - du reste cité par les parties requérantes elles-mêmes - du fonctionnaire délégué devant le Conseil d'Etat, d'où il ressort qu'il existait effectivement une situation incertaine à laquelle le législateur devait mettre fin.

L'incertitude concernait deux membres de phrase. Par le biais des articles 202 et 203, le législateur a précisé qu'« immédiatement » signifiait que les opérateurs n'ont pas besoin d'adresser une demande individuelle pour établir si l'offre des composantes du service universel constitue pour eux une charge injustifiée. La compensation doit être payée immédiatement et l'on ne doit pas effectuer la « démarche intermédiaire » qui consisterait à apprécier encore s'il y a pour chaque opérateur, à titre individuel, une charge injustifiée. Celle-ci est présumée exister dès lors que l'offre des composantes du service universel donne lieu à une situation déficitaire. Les lois interprétatives sont rétroactives de par leur nature. La rétroactivité des dispositions attaquées dans le moyen est en l'espèce justifiée, parce que les dispositions interprétées ne pouvaient, dès leur origine, être comprises autrement que de la manière indiquée dans les dispositions litigieuses. Le Conseil des ministres estime devoir rappeler surabondamment que l'application effective des dispositions interprétatives ne porte aucunement atteinte aux intérêts des parties requérantes puisque, contrairement à ce que celles-ci s'efforcent de soutenir, elles n'instaurent pas de différence de traitement.

Selon le Conseil des ministres, le troisième moyen est donc dépourvu de fondement.

Position de la SA « Belgacom »

A.9.1. 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 démarches mentionnées dans la directive sur le service universel concernant le calcul des coûts et l'instauration d'un mécanisme de financement pour les obligations de service universel ont été effectuées par les autorités belges concernées. Selon ces articles, le législateur, en tant qu'autorité réglementaire nationale, a procédé à une évaluation et a conclu, lors de la préparation de la loi sur les communications électroniques, au caractère déraisonnable de la charge, qui obligeait à instaurer un mécanisme de financement. Ce mécanisme consiste à répartir le coût net entre tous les opérateurs qui fournissent un service de téléphonie publique 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 sur le service universel.

Les autres dispositions ne concernent plus l'instauration du mécanisme de financement mais l'application effective de la répartition du coût net après l'instauration du mécanisme. Sur la base de la réglementation européenne, seul le coût net des obligations de service universel est financé, coût qui doit être fixé en tenant compte des éventuels avantages du 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 à cette fin, le coût net sur la base de l'article 45*bis* de l'annexe de la loi relative aux communications électroniques 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 y a donc une différence fondamentale entre, d'une part, le calcul des coûts nets en vue d'instaurer ou non un mécanisme de financement, 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, qui est une opération annuelle destinée à payer les 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 au 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 totalement égale.

A.9.2. La SA « Belgacom » souligne que la « charge injustifiée » pour l'offre des différentes composantes du service universel a été déterminée pour tous les opérateurs sur la base des mêmes données. Etant donné qu'elle était la seule à fournir toutes les composantes du service universel lors de la détermination de la charge injustifiée, les éléments disponibles pour la détermination du caractère déraisonnable de la charge - entre autres, mais pas exclusivement, la détermination du coût net du service universel - étaient évidemment basés sur les données de la SA « Belgacom ». Cela ne porte toutefois pas atteinte au fait que, lors de l'élaboration de la loi relative aux communications électroniques, le législateur a constaté le caractère déraisonnable 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 font seulement référence à la demande de la SA « Belgacom » d'évaluer le caractère déraisonnable de la charge, mais ils sont formulés en termes généraux et concernent donc la « charge injustifiée » pour la fourniture du service universel, qui est déterminée à l'égard de tous les opérateurs. Les parties requérantes examinent ensuite de manière trompeuse et à tort le « calcul » de leur

« charge injustifiée » aujourd'hui, qui, selon elles, serait établi sur la base de chiffres actuels, mais 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, dès lors que tant le droit à la rétribution que le mode de calcul de celle-ci sont en principe les mêmes. Il peut tout au plus être constaté que l'article 45*bis* nouveau de l'annexe de la loi relative aux communications électroniques dispose, pour la seule SA « Belgacom », que la rétribution à laquelle celle-ci peut prétendre sera réduite, ce qui désavantage plutôt la partie intervenante et avantage les parties requérantes.

Pour tous les motifs précités, le premier moyen est déjà dépourvu de fondement, selon la partie intervenante.

A.9.3. 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 concernant les différentes décisions des autorités réglementaires nationales, qu'il ne peut être constaté aucune distinction en ce qui concerne la possibilité de révision de cas décisions et que le calcul annuel des coûts nets, rétributions et compensations dans le cadre du financement du service universel est effectué par l'IBPT et par le Fonds aussi bien pour les parties requérantes que pour la partie intervenante, de sorte que ces autorités sont aussi à même de revoir ce coût pour toutes ces parties et qu'il n'est pas davantage question d'un traitement différent.

A.9.4. La partie intervenante estime en tout état de cause que l'interprétation qu'elle défend ne va pas à l'encontre des articles 12 et 13 de la directive sur le service universel, lesquels 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 attaquées 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, vise donc en réalité tous les coûts nets afférents à la fourniture du service universel et pas seulement celui d'une seule entreprise. La référence à l'article 13, paragraphe 1, de la directive sur le service universel est trompeuse en ce que ce n'est pas le point a) - en vertu duquel le mécanisme de financement compense les coûts nets à partir de fonds publics - mais le point b) - en vertu duquel le coût est réparti entre tous les fournisseurs - qui est d'application. L'interprétation donnée par les parties requérantes aboutirait à la conclusion absurde que des entreprises ne percevraient une rétribution que si la charge injustifiée d'une entreprise est déterminée, à sa demande expresse, alors que toutes les entreprises doivent fournir le service universel et supporter dès lors un certain coût net et, en même temps, contribuer 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 téléphonie publique doivent également offrir la composante sociale, il est logique que l'évaluation et l'instauration d'un mécanisme de compensation aient été réglées de manière commune pour tous. En ce qui concerne la fourniture du service universel, le législateur a estimé à juste titre que toute situation déficitaire que fait apparaître, pour une des entreprises concernées, le calcul du coût net est une charge injustifiée, pour autant qu'il soit tenu compte du bénéfice indirect.

Au demeurant, la demande d'un opérateur ne modifie en rien le 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 que représente 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.9.5. En tout état de cause, la SA « Belgacom » ne voit pas de contradiction entre les dispositions attaquées et les sixième et septième alinéas 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 ».

A.10.1. Selon la partie intervenante, les parties requérantes ne justifient pas d'un intérêt au deuxième moyen, d'une part parce que tous les éléments essentiels de l'impôt sont fixés dans la loi et dans son annexe

ayant force de loi et, d'autre part, parce que seule la SA « Belgacom » - et non les parties requérantes - a un intérêt à l'annulation de l'article 45bis de l'annexe, parce que la réduction qui lui est imposée dans cette disposition n'est pas suffisamment précise.

A.10.2. Si le deuxième moyen, pris uniquement de la violation de l'article 170, § 1er, de la Constitution, était jugé recevable, il serait en tout état de cause non fondé. Le prétendu impôt instauré n'est en l'occurrence nullement levé au bénéfice de l'Etat, mais pour un fonds doté d'une personnalité juridique propre.

L'article 172 de la Constitution ne trouve pas davantage d'application. A supposer même que la compensation relative au service universel soit considérée comme un impôt, l'article attaqué n'habilite aucunement le Roi, l'IBPT ou n'importe quel tiers à instaurer des privilèges, exonérations ou réductions. L'IBPT est seulement habilité à déterminer les modalités de calcul des coûts et des compensations dans les limites établies par la loi relative aux communications électroniques et par son annexe. S'il en était déduit que l'IBPT est habilité à modifier la loi - *quod non* -, cette disposition devrait être interprétée conformément à la Constitution et cette interprétation ne peut jamais conduire à instaurer des privilèges, des exonérations ou des réductions.

Si la Cour estimait que les articles 170, § 1er, et 172 de la Constitution trouvent application, il n'y a pas de violation de ces dispositions, puisque tous les éléments essentiels sont fixés par le législateur : l'identité des contribuables (à savoir l'opérateur qui fournit au consommateur un service de téléphonie publique), les paramètres permettant de calculer sans équivoque le montant de la compensation (la différence négative entre le nombre de réductions tarifaires autorisées et le nombre de réductions tarifaires correspondant à la part du prestataire dans le chiffre d'affaires total du marché de la téléphonie publique) et le mode de calcul du coût net. Un calcul par l'IBPT, au cas par cas et par année, est nécessaire, parce que ces données changent chaque année en fonction des circonstances économiques. Il est impossible de fixer intégralement dans la loi les coûts nets totaux en montants absolus et la part que l'opérateur devra supporter, mais la loi contient toutes les garanties contre l'arbitraire de l'IBPT. Ce dernier est uniquement chargé d'exécuter le calcul précis à la lumière de données économiques, annuelles mais objectives qui sont, de par leur nature, changeantes et qui ne peuvent donc pas être fixées dans des textes de lois. Le montant dont sera diminuée la compensation que le prestataire historique des tarifs sociaux reçoit le cas échéant est lui aussi déterminé par la loi, à savoir un pourcentage fixé sur la base du bénéfice indirect que cet opérateur retire de la fourniture du service universel en question. Pour calculer l'importance de ce bénéfice indirect, l'IBPT tiendra aussi compte des calculs qu'il a déjà établis précédemment pour déterminer les coûts nets du prestataire historique des tarifs sociaux. Le législateur indique ainsi de manière encore plus précise comment il faut comprendre la notion de « bénéfice indirect » et le calcul annuel à effectuer à cette fin (voy. l'article 1er, 15°, de l'annexe de la loi relative aux communications électroniques, l'article 12, paragraphe 1er, et l'annexe IV, partie A, de la directive sur le service universel). La circonstance que ce montant soit exprimé sous la forme d'un « pourcentage » du coût net ne change rien au fait que ce montant se déduit avec certitude de l'annexe, ayant force de loi, de la loi relative aux communications électroniques. Le pourcentage dont doit être réduite la rétribution de la SA « Belgacom » pendant les cinq premières années est suffisamment déterminé, puisqu'il concerne le bénéfice indirect que cet opérateur retire de la fourniture du service universel en question. L'argument des parties requérantes, selon lequel la manière dont l'IBPT doit fixer ce pourcentage ne serait pas fixée avec exactitude, néglige l'interprétation conforme à la directive de l'article 45bis de l'annexe de la loi relative aux communications électroniques, sur la base de laquelle le bénéfice indirect total doit être pris en compte. Le montant étant dès lors suffisamment précis, il est établi que la base de l'impôt, en tant qu'élément essentiel de la compensation, figure dans la loi.

A.11. La SA « Belgacom » estime que le troisième moyen est dépourvu de fondement, parce que les articles 202 et 203 attaqués sont effectivement des dispositions interprétatives. L'IBPT a constaté dès 2002 que la décision relative au caractère injustifié de la charge relevait de l'autorité politique, et le fait que l'IBPT a effectué un calcul du coût net en vue de préparer la décision du Parlement n'y porte pas atteinte. Selon le Conseil d'Etat également, la décision concernant le caractère (in)justifié de la charge que le coût net du service universel entraîne doit être prise par une autorité politiquement responsable ou sous son contrôle direct.

L'instauration des deux dispositions, non normatives, était effectivement opportune dès lors qu'à la suite des mises en demeure lancées par la Commission européenne, une situation juridique incertaine était née, en particulier en ce qui concerne la détermination du caractère injustifié de la charge. Cette situation d'insécurité

juridique ressort du reste de l'ample commentaire de ces articles fourni par le délégué du ministre. C'est dans le contexte lui aussi esquissé dans ce commentaire que le Parlement a approuvé les articles 74 et 101 de la loi relative aux communications électroniques, de sorte que, dès le départ, ces dispositions ne pouvaient raisonnablement être interprétées autrement que comme suit : le législateur, après avoir déterminé le coût net, a procédé, en sa qualité d'autorité réglementaire nationale, à une appréciation du caractère injustifié de la charge et - après avoir constaté cela - a instauré le mécanisme de compensation.

A.12. La SA « Belgacom » observe en conclusion qu'il ne peut être déduit aucun effet juridique de l'engagement d'une procédure par la Commission européenne. Si une conclusion peut en être tirée, c'est uniquement que cela confirme la situation d'insécurité juridique issue du passé et la nécessité de préciser le tout dans une disposition interprétative non normative, en particulier en ce qui concerne l'intervention du législateur en tant qu'autorité réglementaire nationale dans la détermination du caractère injustifié de la charge du coût net.

Mémoires complémentaires introduits par les parties à la suite des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne

Mémoire complémentaire des parties requérantes, SA « KPN Group Belgium », SA « Euphony Benelux » et SA « Mobistar »

A.13. Trois des six parties requérantes originaires, dont l'une a repris la branche d'activité pertinente d'une quatrième et une autre a fusionné à son tour avec une des trois, laquelle a elle-même changé de nom, ont introduit un mémoire complémentaire dans lequel elles font valoir que la question de savoir comment les dispositions attaquées doivent être interprétées est pertinente pour l'appréciation du premier moyen, qui invoque la violation des articles 10 et 11 de la Constitution par les articles 173, 3°, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV).

A.14. Ces parties soulignent que le Conseil des ministres et la SA « Belgacom » semblent partir du principe que les dispositions attaquées doivent être interprétées en ce sens que le législateur belge a constaté, de manière générale et sur la base du calcul du coût net du fournisseur du service universel qui était auparavant le seul fournisseur de ce service, que toutes les entreprises qui sont désignées pour offrir le service universel doivent réellement supporter une charge injustifiée, en dépit du fait que le législateur n'a pas spécifiquement examiné la situation de chacune de ces entreprises.

Selon ces parties, cette interprétation des dispositions attaquées n'est pas conforme à la directive puisque dans ses arrêts du 6 octobre 2010, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que l'article 13 de la directive sur le service universel s'opposait à ce que l'autorité réglementaire nationale constate, de manière générale et sur la base du calcul du coût net du fournisseur du service universel qui était auparavant le seul fournisseur de ce service, que les entreprises désignées comme fournisseurs du service universel doivent de ce fait réellement supporter une charge injustifiée, sans avoir examiné spécifiquement la situation de chacune de ces entreprises. Selon elles, la Cour ne saurait donc faire sienne cette interprétation sans méconnaître les arrêts de la Cour de justice dans les affaires C-389/08 et C-222/08.

A.15. Ces parties requérantes estiment que les dispositions attaquées doivent donc être interprétées en ce sens que le législateur belge aurait constaté uniquement pour le fournisseur du service universel qui était auparavant le seul fournisseur de ce service (donc exclusivement pour la SA « Belgacom ») que l'offre du service universel constituerait une charge injustifiée. Cette interprétation est non seulement la plus proche du texte des dispositions attaquées, mais elle est aussi la seule permettant d'exercer pleinement le contrôle de constitutionnalité puisqu'il n'a pas été constaté, jusqu'à présent, que cette interprétation ne serait pas conforme à la directive. Dès lors, les dispositions attaquées doivent être interprétées en ce sens que le législateur belge aurait constaté, pour la seule SA « Belgacom », que l'offre du service universel constituerait une charge injustifiée. Les dispositions attaquées violent dès lors le principe d'égalité, comme les parties requérantes l'ont soutenu dans leur requête et leur mémoire.

Ces parties soulignent du reste que cela ne signifie pas qu'elles estimeraient que le constat de la charge injustifiée pour la SA « Belgacom », inscrit dans les dispositions attaquées, serait effectivement conforme à la directive sur le service universel. Elles soulignent que le législateur belge, lorsqu'il a évalué la charge injustifiée, n'a pas tenu compte des avantages immatériels dont bénéficie la SA « Belgacom » en raison du fait qu'elle offre le service universel. Il est également permis de se poser la question de savoir si le législateur belge remplit en

l'occurrence les conditions fixées par la directive-cadre en matière de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence et si un recours effectif peut être introduit, au sens de la directive-cadre, contre le constat que la SA « Belgacom » supporterait une charge injustifiée.

Mémoire complémentaire du Conseil des ministres

A.16. Le Conseil des ministres souligne dans son mémoire complémentaire que la question préjudicielle posée à la Cour de justice portait uniquement sur l'interprétation de l'article 12 de la directive sur le service universel et que la Cour est dès lors liée par l'étendue de la saisine préjudicielle. Le Conseil des ministres semble indiquer par là que la Cour ne peut tenir compte de l'arrêt de la Cour de justice, de la même date, dans l'affaire C-222/08, qui se prononce également sur la compatibilité des dispositions attaquées avec l'article 13 de la directive sur le service universel.

A.17. Le Conseil des ministres confirme que les articles 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 ont une portée générale et disposent qu'il faut postuler, pour tous les opérateurs, que l'offre du service universel entraîne une charge injustifiée dès que la fourniture de ce service entraîne une situation déficitaire.

A.18. Le Conseil des ministres fait exclusivement référence à l'arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2010 dans l'affaire C-389/08, répondant à la question préjudicielle posée par la Cour concernant l'article 12 de la directive sur le service universel, d'où il ressort que cette disposition ne s'oppose pas à ce que l'autorité réglementaire nationale estime de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du fournisseur du service universel qui était auparavant le seul fournisseur de ce service que la fourniture dudit service peut représenter une charge injustifiée pour les entreprises qui sont désormais désignées comme fournisseurs de ce service universel.

Dans le premier moyen, les parties requérantes partent de l'idée erronée que la SA « Belgacom » et les parties requérantes sont traitées de manière différente par suite de l'instauration des normes attaquées, alors que celles-ci instaurent un traitement égal pour la SA « Belgacom », les parties requérantes et tous les autres opérateurs.

Position de la SA « Belgacom »

A.19. La SA « Belgacom » n'a pas introduit de mémoire complémentaire. Elle déclare toutefois, à l'audience, que la position du Conseil des ministres, à laquelle elle s'était ralliée, n'est plus défendable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice.

Cette partie intervenante considère malgré tout que les dispositions attaquées ne contiennent pas la discrimination alléguée dans le premier moyen. En sa qualité d'autorité réglementaire nationale, le législateur a, à sa demande, comme le prévoit l'article 13 de la directive sur le service universel, tenu compte de tous les éléments nécessaires pour calculer le coût net, comme l'expose l'avis de l'IBPT du 26 novembre 2003. Le législateur satisfait à toutes les conditions auxquelles doit répondre une autorité réglementaire nationale, telles qu'elles sont fixées par la Cour de justice. Il existe évidemment une différence de traitement, mais celle-ci découle exclusivement du fait que la SA « Belgacom » est le seul opérateur à avoir demandé le calcul du coût net des tarifs sociaux. Le législateur devait donc effectivement intervenir afin de pouvoir donner exécution à la directive sur le service universel. S'il a instauré de la sorte un traitement inégal, la Cour pourrait exclusivement constater l'existence d'une lacune.

Position de la SA « Scarlet Belgium »

A.20. La SA « Scarlet Belgium » - précédemment la SA « Uninet International » - a décidé de se désister de son recours en annulation et demande à la Cour de lui donner acte de ce désistement.

- B -

Quant à la demande de désistement

B.1. A l'audience, la SA « Scarlet Belgium » - précédemment la SA « Uninet International » - a demandé que la Cour lui donne acte du désistement de son recours. Rien n'empêche, en l'espèce, de décréter le désistement.

Quant aux dispositions attaquées

B.2.1. Le recours en annulation, introduit par la SA « KPN Group Belgium » et autres, est dirigé contre les articles 173, 3° et 4°, 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.2.2. L'article 173 de la loi du 25 avril 2007, dont seuls le 3° et le 4° sont attaqués, apporte à l'article 74 de la loi relative aux communications électroniques les modifications suivantes :

« 1° L'alinéa 1er 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 ’;

2° sont insérés, dans le quatrième alinéa, 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 ’;

3° est ajouté un alinéa, rédigé comme suit :

‘ 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. ’;

4° est ajouté un alinéa, rédigé comme suit :

‘ 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.2.3. L'article 200 attaqué de la loi du 25 avril 2007 insère dans l'annexe de la loi relative aux communications électroniques un article 45*bis*, 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.2.4. 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 ' ».

Quant au fond

B.3. 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 en ce 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. Selon les parties requérantes, il n'existe aucune justification pour ces différences de traitement.

B.4. 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 que le législateur, en sa qualité d'autorité réglementaire nationale, aurait constaté que l'offre de la composante sociale du service universel constituerait une « charge injustifiée » pour tous les prestataires, parmi lesquels également les parties requérantes depuis 2005.

B.5. L'article 12 de la directive 2002/22/CE du Parlement 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 ») 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 ».

L'article 13 de la directive sur le service universel dispose :

« Financement des obligations de service universel

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 Etats 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 Etats 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 Etats 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'Etat membre qui a instauré le mécanisme de répartition ».

B.6. L'examen du premier moyen exige de déterminer si l'article 12 de la directive sur le service universel permet que le législateur fédéral, en sa qualité d'autorité réglementaire nationale, constate 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, la question préjudicielle suivante a dès lors été posée à la Cour de justice de l'Union européenne, en application de l'article 234, troisième alinéa, du Traité CE (désormais l'article 267, alinéa 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) :

« 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 ? ».

B.7. Par l'arrêt du 6 octobre 2010 dans l'affaire C-389/08, la Cour de justice de l'Union européenne a répondu comme suit à cette question préjudicielle :

« 1) 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'), ne s'oppose pas en principe, par elle-même, à ce que le législateur national intervienne en qualité d'autorité réglementaire nationale au sens de 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'), pour autant que, dans l'exercice de cette fonction, il réponde aux conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence prévues par lesdites directives et que les décisions qu'il prend dans le cadre de cette fonction puissent faire l'objet de recours effectifs auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées, ce qu'il appartient [à la Cour constitutionnelle] de vérifier.

2) L'article 12 de la directive 2002/22 ne s'oppose pas à ce que l'autorité réglementaire nationale estime de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du fournisseur de service universel qui était auparavant le seul fournisseur de ce service que la fourniture dudit service peut représenter une charge injustifiée pour les entreprises désormais désignées comme fournisseurs de service universel.

3) L'article 13 de la directive 2002/22 s'oppose à ce que ladite autorité constate de la même manière et sur la base du même calcul que ces entreprises sont effectivement soumises à une charge injustifiée en raison de cette fourniture, sans avoir procédé à un examen particulier de la situation de chacune de celles-ci ».

B.8. Dans un arrêt de même date, rendu dans l'affaire C-222/08, la Cour de justice de l'Union européenne a statué comme suit sur un recours de la Commission européenne contre le Royaume de Belgique en manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive sur le service universel et de l'article 249 du Traité CE (désormais l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) :

« Le Royaume de Belgique,

- d'une part, en omettant de prévoir dans le calcul du coût net de la fourniture de la composante sociale du service universel les avantages commerciaux retirés par les entreprises auxquelles incombe cette fourniture, y compris les bénéfices immatériels, et,

- d'autre part, en constatant de manière générale et sur la base du calcul des coûts nets du fournisseur du service universel qui était auparavant le seul fournisseur de ce service que toutes les entreprises auxquelles incombe désormais la fourniture dudit service sont effectivement soumises à une charge injustifiée en raison de cette fourniture et sans avoir procédé à un examen particulier à la fois du coût net que représente la fourniture du service universel pour chaque opérateur concerné et de l'ensemble des caractéristiques propres à ce dernier, telles que le niveau de ses équipements ou sa situation économique et financière,

a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu, respectivement, de l'article 12, paragraphe 1, et de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2002/22/CE [précitée].

[...] ».

B.9. Dans la motivation de son arrêt dans l'affaire C-389/08 du 6 octobre 2010, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué :

« 44. Si l'autorité réglementaire nationale constate qu'une ou plusieurs entreprises désignées comme fournisseurs de service universel sont soumises à une charge injustifiée et si cette ou ces entreprises demandent à en être indemnisées, il appartient alors à l'Etat membre de mettre en place les mécanismes nécessaires à cette fin, conformément à l'article 13, paragraphe 1, sous a), de la directive 2002/22, duquel il résulte en outre que cette indemnisation doit être en rapport avec les coûts nets tels qu'ils ont été calculés en application de l'article 12 de ladite directive.

45. Il résulte de tout ce qui précède que les Etats membres ne sauraient, sans méconnaître les obligations résultant de la directive 2002/22, constater que la fourniture du service universel constitue effectivement une charge injustifiée indemnisable sans avoir procédé au calcul du coût net qu'elle représente pour chaque entreprise à laquelle incombe cette fourniture ni apprécié si ce coût constitue une charge excessive pour ladite entreprise. Ils ne peuvent pas davantage adopter un régime d'indemnisation dans lequel celle-ci serait sans rapport avec ledit coût net.

46. Il ressort de l'article 74 de la loi du 13 juin 2005, tel qu'interprété par la loi du 25 avril 2007, que, pour conclure que la fourniture de la composante sociale du service universel représente une charge injustifiée, le législateur belge a estimé que, dans la mesure où il a été tenu compte, dans le calcul du coût net de ce service, 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 [...] une charge déraisonnable '. Il ressort du même article 74 que ledit législateur a décidé que, s'il s'avère que le nombre de réductions de tarif accordées par un opérateur est supérieur au nombre de réductions de tarif correspondant à sa part du chiffre d'affaires global du marché de la téléphonie publique, cet opérateur recevra une indemnité dont le montant sera fixé en fonction de cette différence.

47. Pour se prononcer ainsi, en 2005, sur le caractère injustifié de la charge que représente la fourniture de tarifs sociaux au titre du service universel, le législateur belge s'est fondé sur un avis de 2002 de l'Institut relatif aux coûts supportés par l'opérateur historique - Belgacom NV - à partir d'estimations pour l'année 2003.

48. Comme il ressort du constat opéré au point 36 du présent arrêt, rien ne s'oppose à ce qu'une autorité réglementaire nationale, alors que la législation oblige désormais tous les opérateurs de télécommunications à proposer des tarifs sociaux, estime, sur la base de données telles que celles susmentionnées, que le coût de la fourniture du service universel 'peut' représenter une charge injustifiée, au sens de l'article 12 de la directive 2002/22.

49. En revanche, les modalités de détermination de la charge injustifiée ouvrant droit à une indemnisation prévues par une loi telle que celle en cause au principal n'apparaissent pas conformes aux exigences énoncées à l'article 13 de la directive 2002/22.

50. En effet, en premier lieu, en considérant que toute situation déficitaire que le calcul du coût net fait apparaître est une 'charge déraisonnable', une autorité réglementaire nationale telle que, dans le cadre de l'affaire au principal, le législateur belge ouvre d'emblée un droit à indemnisation en faveur des opérateurs pour lesquels les coûts nets supportés en raison des obligations de service universel auxquelles ils sont soumis ne représentent pas pour autant une charge excessive, alors qu'il résulte de ce qui a été dit au point 42 du présent arrêt que, si une situation déficitaire est une charge, elle n'est pas nécessairement une charge excessive pour tout opérateur.

51. En deuxième lieu, l'appréciation de ce caractère excessif de la charge liée à la fourniture du service universel suppose un examen particulier à la fois du coût net que représente cette fourniture pour chaque opérateur concerné et de l'ensemble des caractéristiques propres à cet opérateur, telles que le niveau de ses équipements, sa situation économique et financière ainsi que sa part de marché, comme il ressort des points 40 et 42 du présent arrêt. Toutefois, il ne résulte d'aucun des éléments du dossier soumis à la Cour que le législateur national aurait en l'espèce pris en compte l'ensemble de ces caractéristiques lorsqu'il a conclu que la fourniture du service universel représentait une charge injustifiée ».

La Cour de justice a repris *mutatis mutandis* ces motifs dans les points 51 à 59 de l'arrêt du 6 octobre 2010 rendu dans l'affaire C-222/08.

B.10. Il découle de la motivation des arrêts précités de la Cour de justice que le législateur, en traitant tous les opérateurs de la même manière, comme l'affirme le Conseil des ministres dans ses mémoires et dans le mémoire complémentaire déposé postérieurement aux arrêts de la Cour de justice, et ainsi qu'il ressort également des travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2873/011, p. 3), et en constatant que la fourniture du service universel constitue réellement pour tous les opérateurs une charge injustifiée indemnisable, sans avoir calculé les coûts nets que cette charge entraîne pour chaque

entreprise, a violé l'article 13 de la directive sur le service universel. En ce que le législateur traite en l'espèce tous les opérateurs de manière identique, alors que les articles 12 et 13 de la directive sur le service universel exigent un traitement différencié de tous les opérateurs *in concreto*, il a également violé le principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution. En effet, ce principe s'oppose à ce que des catégories de personnes qui se trouvent dans des situations essentiellement différentes au regard de la mesure considérée soient traitées de manière identique sans qu'existe pour ce faire une justification raisonnable.

B.11. La Cour ne doit plus vérifier, du fait de ce constat, si le législateur peut effectivement être considéré comme une autorité de régulation nationale répondant aux conditions de compétence, d'indépendance, d'impartialité ou de transparence et si les décisions qu'il prend dans le cadre de cette fonction peuvent faire l'objet de recours effectifs auprès d'un organisme de recours indépendant des parties concernées, ainsi qu'il découle de 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) et de la directive précitée 2002/22/CE.

B.12. Le premier moyen est fondé.

B.13. En raison de leur connexité, il y a lieu d'annuler toutes les dispositions attaquées, à savoir les articles 173, 3° et 4°, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV).

Par ces motifs,

la Cour

- décrète le désistement du recours de la SA « Scarlet Belgium »;

- annule les articles 173, 3° et 4°, 200, 202 et 203 de la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV).

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 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 27 janvier 2011.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt