

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 28 juin 2007¹

I — Introduction

1. Le 27 février 2007, j'ai présenté mes conclusions dans l'affaire Telefónica 02 Czech Republic (C-64/06)², dans laquelle l'Obvodní soud pro Prahu 3 (tribunal de première instance, République tchèque) soulevait certaines questions relatives aux télécommunications dans l'Union européenne. On devinait en coulisses le régime transitoire dudit «nouveau cadre réglementaire»³, approuvé le 7 mars 2002 et publié le 24 avril 2002⁴. Je me suis toutefois abstenu de le faire entrer en scène, car la résolution du litige au principal ne nécessitait pas son analyse.

2. Le Bundesverwaltungsgericht (Allemagne) propose maintenant, par la voie de l'article 234 CE, un livret dans lequel ledit régime transitoire joue un rôle majeur, car cette juridiction entend déterminer l'étendue de l'obligation qui incombe aux États membres, conformément aux articles 27, premier alinéa, première phrase, de la directive-cadre et 16, paragraphe 1, sous a), de la directive service universel, de maintenir provisoirement les obligations imposées à certains opérateurs en vertu du régime précédent.

3. Le Bundesverwaltungsgericht se demande si cette continuité concerne les charges nées directement de la loi ou si, au contraire, elle ne s'étend qu'à celles issues d'un acte individuel, et souhaite déterminer si elle s'applique à une réglementation qui soumet à autorisation préalable les tarifs qu'une société dominante réclame aux usagers pour les prestations de téléphonie vocale (première question).

4. En tout état de cause, outre la constatation selon laquelle les articles 27 de la directive-cadre et 16 de la directive service universel n'exigent pas le maintien des

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — L'arrêt a été prononcé le 14 juin 2007 (C-64/06, Rec. p. I-4887).

3 — Il se compose de quatre directives du Parlement européen et du Conseil: la directive 2002/19/CE, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»); la directive 2002/20/CE, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation»); la directive 2002/21/CE, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), et la directive 2002/22/CE, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»).

4 — JO L 108, p. 7, 21, 33 et 51.

obligations d'origine légale, la juridiction de renvoi souhaite savoir s'ils permettent de le faire, en ne demandant pas d'harmonisation complète et en laissant aux États membres une marge de manœuvre suffisante (seconde question).

II — Le cadre juridique

A — Le droit communautaire

5. L'intervention de la Communauté dans le secteur des télécommunications s'est orchestrée en deux phases: l'une, qui a démarré à l'aube des années 90, afin de flexibiliser les marchés et de rapprocher les ordres juridiques nationaux; l'autre, initiée après la création des conditions pour une concurrence effective⁵, qui s'est concrétisée dans le «nouveau cadre réglementaire» précité⁶.

6. Entre les deux phases, la directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la

téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel⁷, a été adoptée. Son article 17, sous le titre «Principes de tarification», chargeait les autorités réglementaires nationales de veiller à ce que les entreprises puissantes sur le marché fixent des tarifs ajustés aux coûts (paragraphe 1 et 2)⁸, indépendamment du type d'utilisation mis en œuvre par les abonnés, sauf lorsqu'il requiert des services ou des facilités différents, auquel cas les tarifs supplémentaires devaient apparaître non amalgamés (paragraphe 3 et 4). L'entrée en vigueur des changements de prix ne pouvait avoir lieu qu'après une période adéquate à compter de leur communication au public (paragraphe 5). Enfin, les États membres pouvaient déroger à ces exigences dans les zones géographiques dans lesquelles régnait une concurrence effective (paragraphe 6).

7. «Afin de garantir la continuité des accords existants et d'éviter tout vide juridique» (douzième considérant de la directive accès), le «nouveau cadre réglementaire» des télécommunications entend maintenir, jusqu'à leur révision, les obligations imposées par la réglementation antérieure.

5 — L'entière libéralisation dans la Communauté de la fourniture de services et d'infrastructures de télécommunications, avec des périodes de transition pour certains États membres, a été obtenue le 1^{er} janvier 1998.

6 — J'examine ce processus évolutif dans les conclusions dans l'affaire Nuova società di telecomunicazioni (points 3 à 6) (arrêt du 18 juillet 2006, C-339/04, Rec. p. I-6917), ainsi que dans les conclusions dans l'affaire Telefónica 02 Czech Republic, précitée (points 4 à 7).

7 — JO L 101, p. 24.

8 — Le paragraphe 2 de cet article 17 renvoie aux critères harmonisés figurant au point 4 de l'annexe II de la directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication (JO L 192, p. 1).

8. À cette fin, l'article 27, premier alinéa, de la directive-cadre prévoit, de manière générale, que les États membres maintiennent «toutes les obligations prévues par leur législation nationale visées à l'article 7 de la [...] directive 'accès' ^[9] et à l'article 16 de la [...] directive 'service universel' jusqu'au moment où une détermination est faite concernant ces obligations par une autorité réglementaire nationale conformément à l'article 16 de la présente directive».

9. Plus spécifiquement, l'article 16, paragraphe 1, de la directive service universel maintient les obligations des États membres relatives:

«a) à la tarification de détail pour la fourniture d'un accès au réseau téléphonique public et l'utilisation de ce réseau, visée à l'article 17 de la directive 98/10/CE [...]

[...]

jusqu'à ce qu'un réexamen ait été effectué et qu'une décision ait été prise conformément au paragraphe 3 du présent article.»

10. Ledit paragraphe 3 renvoie à la procédure de l'article 16 de la directive-cadre, aux termes duquel les autorités réglementaires nationales, en collaboration avec les entités chargées de la concurrence, procèdent à l'étude des marchés pertinents (paragraphe 1) et séparent les marchés effectivement concurrentiels de ceux qui ne le sont pas, afin de supprimer dans les premiers les obligations imposées dans le passé aux entreprises dominantes et de les maintenir ou de les modifier dans les seconds (paragraphe 2, 3 et 4).

B — La réglementation allemande

11. L'article 25, paragraphe 1, de la loi sur les télécommunications (Telekommunikationsgesetz, ci-après le «TKG») du 25 juillet 1996 ¹⁰, qui renvoie aux articles 24 et 27 à 31 de cette même loi, soumettait à autorisation administrative les tarifs que les entreprises dominantes réclamaient à leurs consommateurs finaux pour la prestation de services téléphoniques ainsi que les autres éléments figurant dans les conditions contractuelles générales. Le paragraphe 1 de l'article 24 précité liait leur montant au coût de la prestation.

9 — Il s'agit des obligations en matière d'accès et d'interconnexion imposées aux entreprises fournissant des réseaux ou des services de communication publics.

10 — BGBl. 1996 I, p. 1120.

12. L'article 150, paragraphe 1, du TKG du 22 juin 2004¹¹ maintient en vigueur les obligations imposées à ce type d'entreprises, découlant du TKG de 1996, jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par de nouvelles décisions adoptées conformément à la partie 2 de la loi de 2004, qui détermine la forme selon laquelle les marchés doivent être définis et analysés.

III — Les faits et le litige au principal

13. Deutsche Telekom AG (ci-après «Deutsche Telekom») est une entreprise de télécommunications qui opère en Allemagne, où elle offre, au moyen d'un réseau fixe, des services de téléphonie vocale.

14. Le 8 juin 2004, la Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (autorité réglementaire pour les télécommunications et la poste)¹² a décidé que les tarifs pratiqués par cette entreprise et les clauses des conditions contractuelles générales correspondantes nécessitaient une autorisation, conformément à l'article 25, paragraphe 1, du TKG de 1996.

15. Après l'entrée en vigueur du TKG de 2004 et en vertu de son article 150, paragraphe 1, Deutsche Telekom a introduit un recours réclamant la caducité des obligations découlant de la décision du 8 juin 2004.

16. Par décision du 15 septembre 2005, le Verwaltungsgericht Köln a fait droit au recours, au motif que la disposition transitoire de l'article 150, paragraphe 1, du TKG de 2004 ne concerne que les obligations ne nécessitant aucun acte de mise en œuvre et étant complètes, critères auxquels ne satisfait pas l'article 25, paragraphe 1, du TKG de 1996.

17. L'administration publique a introduit un recours en «Revision» devant le Bundesverwaltungsgericht, défendant la validité des anciennes obligations jusqu'à ce qu'une décision soit prise, en vertu du TKG de 2004, sur la nécessité d'autorisation des tarifs réclamés aux clients.

IV — Les questions préjudicielles

18. La juridiction de renvoi considère que la demande de Deutsche Telekom est dénuée

¹¹ — BGBl. 2004 I, p. 1190.

¹² — Actuellement Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (agence fédérale pour l'électricité, le gaz, les télécommunications, la poste et les chemins de fer).

de fondement légal en droit allemand¹³, mais se demande si le droit communautaire conduit au même résultat. Après avoir sursis à statuer, elle a donc posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- «1) Les articles 27, premier alinéa, de la [...] directive-cadre, et 16, paragraphe 1, sous a), de la [...] directive service universel doivent-ils être interprétés dans le sens qu'il faut maintenir provisoirement en vigueur une obligation légale, prévue par le droit interne antérieur, d'autorisation des tarifs pour les prestations de services de téléphonie vocale au détail effectuées par des entreprises ayant une position dominante sur ce marché, et donc également l'acte administratif de constatation y afférent?

En cas de réponse négative à la première question:

- 2) Le droit communautaire s'oppose-t-il à un maintien en vigueur de cette étendue?»

13 — Selon les critères habituels d'interprétation (littérale, systématique et téléologique), l'autorisation exigée par la décision du 8 juin 2004 en application de l'article 25, paragraphe 1, du TKG de 1996 relève du régime transitoire de l'article 150, paragraphe 1, du TKG de 2004.

V — La procédure devant la Cour

19. La décision de renvoi a été enregistrée au greffe de la présente Cour le 15 juin 1996. Les gouvernements allemand, belge, italien et lituanien, les parties au principal ainsi que la Commission des Communautés européennes ont formulé des observations écrites, les trois dernières ayant comparu à l'audience qui s'est tenue le 7 juin 2007.

VI — L'examen des questions préjudicielles

A — La première question préjudicielle

20. Une fois de plus, le temps joue un rôle déterminant dans une affaire pendante devant la Cour¹⁴. L'objet principal du présent renvoi renferme en vérité deux problèmes: l'un consiste à déterminer si la continuité transitoire, jusqu'à ce qu'une décision spécifique soit prise, des obligations qui, conformément à la réglementation précédente, incombent à une entreprise dominante dans son secteur s'applique aux

14 — Croire que, dans cette vie, les choses doivent toujours durer au même état, c'est croire l'impossible. [...] La seule vie de l'homme court à sa fin, plus légère que le temps (M. de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, deuxième partie, chapitre LIII, édition, introduction et notes de Martin de Riquer, éd. RBA, Barcelone, 1994, p. 1016).

obligations de tout type ou si, au contraire, elle exclut celles qui, parce qu'elles émanent d'une norme, ont un caractère général et abstrait. La solution à ce problème dépend de la signification donnée aux articles 27, premier alinéa, de la directive-cadre et 16, paragraphe 1, sous a), de la directive service universel.

21. L'autre problème concerne l'article 25, paragraphe 1, du TKG de 1996 et consiste à établir si le fait que les tarifs qu'une entreprise dominante dans les services de téléphonie vocale applique à ses clients doivent être soumis à autorisation constitue une obligation devant être maintenue sous le nouveau régime, aux termes des dispositions précitées des directives-cadre et service universel, dont l'esprit anime également l'article 150, paragraphe 1, du TKG de 2004.

22. Avant de poursuivre et en vue de tracer les contours du débat préjudiciel, il convient d'écarter le nouveau point de vue présenté par Deutsche Telekom lors de l'audience, à savoir que l'examen ne devrait pas être centré sur la forme (disposition générale ou acte individuel) selon laquelle les obligations sont imposées aux opérateurs dominants, mais sur leur contenu matériel. En ce sens, elle estime que, en exigeant une autorisation pour les tarifs de téléphonie vocale, le législateur allemand serait allé au-delà de la finalité de la réglementation communautaire. Elle s'éloigne ainsi des termes dans lesquels la question préjudicielle a été posée et méconnaît la portée de l'article 17 de la

directive 98/10, en vertu duquel les autorités réglementaires nationales sont chargées de veiller à ce que les entreprises qui sont puissantes sur le marché fixent les tarifs en fonction des coûts, sans imposer, par conséquent, un contrôle a posteriori ni s'opposer à un autre ex ante. Sur ce point, les instances étatiques ont toute liberté de choix.

23. Je dois ajouter, également à la suite du débat oral, quelques idées supplémentaires: la mise en œuvre de l'analyse des marchés allemands ne souffre apparemment d'aucun retard disproportionné; la juridiction de renvoi, à qui incombe la détermination des faits dans le litige au principal, n'a pas considéré cette éventualité, et la réglementation communautaire (article 7, paragraphe 6, de la directive-cadre) apporte une réponse à une situation présentant de telles caractéristiques.

1. Quelques préliminaires indispensables

24. Pour commencer, il convient de souligner trois affirmations non contestées dans la procédure préjudicielle: Deutsche Telekom jouit d'une position privilégiée sur le marché national; sa demande est dénuée de fondement en droit allemand, tant ordinaire que constitutionnel, et le TKG de 2004 a été adopté afin de transposer le «nouveau cadre réglementaire» de la Communauté européenne relatif aux télécommunications.

25. La première affirmation démontre que l'entreprise précitée se trouve dans une situation de fait prévue par les dispositions transitoires des réglementations communautaire et nationale, les deux s'appliquant à des opérateurs de sa catégorie¹⁵.

26. La deuxième affirmation souligne le caractère correct de l'approche du Bundesverwaltungsgericht, qui, interprétant son ordre juridique interne, voit nettement le focus du litige, mais se demande si le droit communautaire confirme cette lecture, ce pour quoi il a fait appel à la Cour.

27. Il est constaté, dans la troisième affirmation, que le TKG de 2004 transpose les directives de 2002, de sorte que les règles d'interprétation des articles 27 de la directive-cadre et 16 de la directive service universel peuvent être extrapolées à l'article 150 de ladite loi. La décision de renvoi elle-même illustre cette idée, car, aux points 22 à 53, différents arguments sont exposés afin de rejeter la demande de Deutsche Telekom selon le droit national et car, ensuite (points 63 à 74), des critères similaires sont invoqués pour laisser entrevoir un résultat analogue dans le régime de l'Union européenne, quoique avec plus de réserves. Le Bundesverwaltungsgericht pro-

pose ainsi à la Cour un guide éloquent approuvé par ceux qui ont présenté des observations écrites devant la présente Cour.

28. Dans ce contexte, l'échange préjudiciel prend tout son sens, échange qui, loin d'être un interrogatoire dans lequel un juge se contente de demander et d'attendre la réponse qu'un autre juge lui donne, est orchestré comme un véritable dialogue, une conversation dans laquelle les différents interlocuteurs font part de leurs réflexions, bien que le dernier mot ne revienne, pour des raisons institutionnelles et d'uniformité du système, qu'à l'un d'entre eux, qui impose son opinion en tenant compte de l'avis des autres. Dans la décision de renvoi, le Bundesverwaltungsgericht utilise une méthode de travail profitable, que j'adopterai, comme les autres participants au débat, dans les points suivants, afin de parvenir à une solution acceptée par tous, à l'exception, pour des raisons évidentes, de Deutsche Telekom.

2. La nature des obligations visées par le régime transitoire

29. Quelle que soit la formule d'interprétation choisie (littérale, systématique, historique ou téléologique), le résultat est identique: les articles 27, premier alinéa, de la

15 — Le premier alinéa de l'article 27 de la directive-cadre renvoie à l'article 16 de la directive service universel, qui mentionne la tarification de détail accordée en vertu de l'article 17 de la directive 98/10, où figurent les principes auxquels doivent être soumis les organismes qui sont puissants sur le marché.

directive-cadre et 16, paragraphe 1, sous a), de la directive service universel concernent les obligations prévues sous le régime national antérieur quelle que soit leur origine, abstraite et générale dans une norme ou concrète et individuelle dans un acte administratif.

a) La teneur des articles faisant l'objet de l'interprétation

30. L'article 27, premier alinéa, de la directive-cadre indique, sans plus de détail, que «[l]es États membres maintiennent *toutes les obligations prévues par leur législation nationale*» visées aux articles 7 de la directive accès et 16, paragraphe 1, de la directive service universel. Le point a) de cette dernière disposition utilise une formulation similaire pour prolonger provisoirement les obligations relatives aux tarifs des services de téléphonie¹⁶. Aucune des deux dispositions n'introduit de nuance; par conséquent, là où la loi ne distingue pas, l'interprète ne peut le faire (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), et il peut être affirmé que le législateur communautaire veut, comme l'indiquent les termes qu'il emploie, maintenir provisoirement les obligations imposées sous l'empire de la réglementation précédente, indépendamment de leur nature.

16 — «Toutes les obligations» ou l'«ensemble des obligations», dans la version française des deux réglementations; «all obligations», dans la version anglaise; «alle Verpflichtungen», dans la version allemande, et «tutti gli obblighi», dans la version italienne.

31. Cette lecture, étayée par le libellé des textes, n'est pas infirmée par le fait que, par la suite, la cessation de la situation provisoire soit confiée à l'autorité réglementaire nationale, qui doit valider ou non les anciennes obligations après l'analyse de marché mentionnée à l'article 16 de la directive-cadre. Deutsche Telekom allègue que, si de tels organismes sont appelés à décider du maintien ou non de ces obligations, il convient de supposer que les articles litigieux présument que celles-ci ont été imposées de manière individuelle par lesdits organismes, ces derniers n'ayant pas compétence pour influencer sur des décisions émanant d'entités ayant des pouvoirs législatifs ou réglementaires.

32. La position de l'entreprise requérante au principal se fonde sur une prémisse erronée, car elle attribue aux autorités réglementaires nationales un rôle que les directives-cadre et service universel ne leur donnent pas. En effet, aux termes des articles 27, premier alinéa, et 16, paragraphes 1 et 3, respectivement, de ces dernières, les autorités mentionnées ne supplantent pas le législateur, mais exécutent fidèlement ses déterminations, exprimées par la trame soignée d'une procédure (décrite au point 10 des présentes conclusions) selon laquelle, en fonction de ses résultats, les obligations imposées par une réglementation que l'entrée en vigueur du «nouveau cadre réglementaire» a remise en cause doivent être maintenues, modifiées ou définitivement supprimées.

33. L'objectif de cette procédure, qui contient une analyse des marchés, consiste

à abolir, lorsqu'un niveau de concurrence élevé est atteint, les obligations imposées dans le passé aux entreprises dominantes, en les maintenant ou en les modifiant sur les autres marchés, mesure qui concerne ces obligations indépendamment de leur source: une norme ou un acte individuel de l'autorité. Le cas échéant, une obligation née directement de la norme est remplacée, conformément aux indications de son auteur, par une autre adoptée de manière individuelle. Le gouvernement allemand indique à juste titre (point 14 de ses observations écrites) que rien n'empêche que le législateur fasse dépendre le maintien des effets d'une loi d'une décision du pouvoir exécutif, à condition, je l'ajoute ici, qu'une réserve constitutionnelle ne s'y oppose pas.

34. En d'autres termes, les autorités réglementaires nationales, puisque ainsi le veulent les directives-cadre et service universel, mettent fin, en se basant sur des données objectives obtenues à travers une procédure prédéterminée, à une situation passagère, appelée à être remplacée par celle découlant du régime actuel, en gardant les obligations pertinentes — fût-ce avec une autre empreinte — en les transformant ou, purement et simplement, en les supprimant. Il est évident que lesdites autorités ne s'immiscent pas sur le territoire d'autrui, mais qu'elles interviennent invitées par son propriétaire.

b) Une vision systématique

35. Le souci d'éviter des lacunes et d'intégrer les obligations de l'ancien régime, sans

préjudice de leur révision immédiate, sous-tend dans le «nouveau cadre réglementaire», par exemple dans le douzième considérant et dans l'article 7 de la directive accès, dotés du même esprit que les articles 27 de la directive-cadre et 16 de la directive service universel, lorsqu'ils incitent au maintien provisoire de certaines obligations imposées en vertu des directives précédentes.

36. Notamment, ils mentionnent les articles 4, 6, 7, 8, 11, 12 et 14 de la directive 97/33/CE¹⁷, l'article 16 de la directive 98/10 et les articles 7 et 8 de la directive 92/44/CEE¹⁸. Certaines de ces dispositions, comme l'article 4 de la directive 97/33, créent directement des obligations pour les opérateurs; d'autres, les articles 6, 7, 8, 11, 12 et 14 de la directive 97/33, 7 et 8 de la directive 92/44 et 16 de la directive 98/10, délèguent aux États membres. Dans ce dernier groupe, diverses dispositions invoquent de manière non spécifique les autorités étatiques (articles 6, 7 et 8 de la première directive; articles 7 et 8 de la deuxième¹⁹), tandis que d'autres citent expressément les organismes réglementaires nationaux (articles 11, 12 et 14 de la directive 97/33; article 16 de la directive 98/10).

17 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) (JO L 199, p. 32).

18 — Directive du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (JO L 165, p. 27).

19 — Ils utilisent les formulations «les États membres veillent» ou «les États membres demandent».

37. Il semble donc que de telles mesures visent des actes individuels, mais également des prescriptions générales, car les obligations sont régies par l'une ou l'autre voie en fonction de la répartition des pouvoirs dans chaque système constitutionnel.

38. Cette idée est confirmée si, au lieu d'examiner des dispositions exogènes aux directives, on se tourne vers l'intérieur de celles-ci, notamment la directive service universel, qui contient la norme la plus spécifique des deux réglementations concernées par la présente procédure préjudicielle, l'article 16, auquel renvoie l'article 27 de la directive-cadre. De fait, le vingt-huitième considérant de la directive service universel conseille de maintenir en application les «dispositions en vigueur» relatives à la prestation de services minimaux de lignes louées jusqu'à ce que les autorités réglementaires nationales se prononcent, après l'analyse de marché pertinente, sur leur prolongation ou non. Comme le rappelle le gouvernement allemand, l'annexe VII de cette même directive demande, quant à elle, le maintien des conditions fixées par la directive 92/44 pour l'ensemble minimal de lignes louées, dont le caractère abstrait et universel n'est pas contesté, jusqu'à la vérification de l'existence ou non d'une concurrence réelle dans le secteur.

39. Enfin, en refermant le cercle et en concentrant l'étude sur l'article 16 de la directive service universel, il y a lieu de

considérer que les États membres doivent maintenir provisoirement tant les obligations d'origine légale que celles émanant d'un acte d'exécution. L'article 16, paragraphe 1, sous c), se réfère aux obligations relatives aux lignes louées, imposées en vertu des articles 3, 4, 6, 7, 8 et 10 de la directive 92/44, dont le caractère réglementaire est indubitable, comme l'illustrent l'article 8, qui charge les États membres de veiller à ce que les autorités réglementaires de chaque pays fixent des procédures adéquates et transparentes pour contrôler la soumission des opérateurs aux obligations d'utilisation et d'accès à ce type de lignes, ou l'article 6, qui délègue aux autorités nationales l'indication des raisons d'intérêt général («exigences essentielles») ²⁰ susceptibles de fixer des restrictions à leur utilisation.

c) L'approche historique

40. Le gouvernement allemand a recours aux travaux préparatoires du «nouveau cadre réglementaire», approuvé en 2002, qui donnent certaines informations utiles à la réflexion.

20 — L'article 2, point 6, de la directive 90/387 définit cette notion comme «les raisons d'intérêt général et de nature non économique qui peuvent amener un État membre à limiter l'accès au réseau public de télécommunications ou aux services publics de télécommunications. Ces raisons sont la sécurité du fonctionnement du réseau, le maintien de son intégrité et, dans les cas où elles sont justifiées, l'interopérabilité des services et la protection des données. La protection des données peut comprendre la protection des données personnelles, la confidentialité des informations transmises ou stockées, ainsi que la protection du domaine privé».

41. Certes, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, du 12 juillet 2000²¹, ne contenait pas de règles temporelles, prolongeant, sous la réglementation actuelle, les situations héritées de la précédente. Dans l'avis donné sur cette proposition²², le Comité économique et social européen a suggéré un mécanisme transitoire pour que la «législation existante [à l'époque]» soit maintenue tant que la première analyse de marché n'aurait pas été réalisée (point 4.4). Ce précédent donne un sens à l'article 27, premier alinéa, de la directive-cadre, lorsqu'il contraint les États membres à maintenir les obligations prévues par leur «législation nationale» jusqu'à ce qu'une autorité réglementaire se prononce conformément à l'article 16 de la même directive, c'est-à-dire après l'analyse mentionnée. Eu égard à cet antécédent, il semble incontestable que l'article 27 précité se réfère à tout type d'obligations, tant celles nées directement de la norme que celles fixées par l'intermédiaire d'un acte administratif.

article 16, paragraphe 1, qui exigeait des États membres de maintenir les obligations relatives à la tarification de détail «qui s'imposaient»²⁴ en vertu de l'article 17 de la directive 98/10 tant qu'une décision ne serait pas prise à la lumière des analyses du marché. Le terme «en vigueur» a disparu dans le texte définitif de la disposition et, bien qu'il ne soit pas déterminant, son utilisation illustre l'intention de son auteur, car, communément, la qualité de ce qui est «en vigueur» est attribuée aux actes de nature normative, tels les lois, les règlements et les arrêtés ou les coutumes. On pourrait arguer que l'omission de ce terme dans le texte adopté révèle la volonté de mentionner uniquement les obligations imposées de manière individuelle, mais l'incertitude disparaît à la lecture de l'article 17 de la directive 98/10, qui trace une procédure dans laquelle des obligations et des limites sont imposées aux opérateurs dominants (orienter les tarifs en fonction des coûts; fixer ces tarifs quel que soit le type de connexion mis en œuvre; déterminer un délai de préavis au public pour l'entrée en vigueur des modifications).

42. Ces spéculations contribuent à comprendre les prolégomènes de la directive service universel, moins expressifs à cet égard. La proposition de la Commission, adoptée le 12 juillet 2000²³, incluait un

d) L'interprétation téléologique

43. Le nouveau cadre réglementaire sur les télécommunications laisse entrevoir un souci

21 — COM(2000) 393 final (JO C 365 E, p. 198).

22 — JO 2001, C 123, p. 56.

23 — Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques [COM(2000) 392 final, JO C 365 E, p. 238].

24 — Dans la version espagnole, les obligations relatives à la tarification de détail «en vigueur» en vertu de l'article 17 de la directive 98/10.

pour la sécurité juridique et pour la continuité, sans heurts, entre le passé et le futur, comme l'attestent les articles 16 de la directive service universel, 7 de la directive accès et 27 de la directive-cadre. Ce dernier, qui renvoie aux deux autres et qui est placé après l'article 26, abrogeant l'ancien cadre juridique, prolonge les obligations découlant du régime précédent jusqu'à ce que l'état des marchés soit connu. Cette mesure s'explique, car la pleine opérativité du nouveau régime requiert l'élaboration et la mise en œuvre de procédures complexes, auxquelles divers acteurs doivent participer, dûment coordonnées. Il est donc nécessaire de disposer d'un délai garantissant la stabilité du système²⁵.

universel, sur lesquelles porte la présente question préjudicielle, mais elle ressort explicitement de la directive accès, dont le douzième considérant, héraut de l'article 7, prévoit la nécessité d'éviter tout vide juridique. J'ai déjà expliqué qu'une telle nécessité requiert le maintien de toutes les obligations existantes, quelle que soit leur origine. Or, si, comme le reconnaît le cinquième considérant de la directive-cadre, la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information implique une seule réglementation, il serait incohérent que le régime transitoire en matière d'accès et d'interconnexion (article 7 de la directive accès) ait une portée différente de celui des tarifs [article 16, paragraphe 1, sous a), de la directive service universel]. Cela explique que, lorsqu'il mentionne le maintien des obligations prévues par le droit national, l'article 27, premier alinéa, de la directive-cadre se réfère à celles découlant tant dudit article 7 que de cet article 16.

44. Cette lecture ne se trouve pas *expressis verbis* dans les directives-cadre et service

45. Bien plus, c'est entièrement à raison que le gouvernement allemand affirme que, s'agissant de préparer le terrain pour l'expansion sans entraves du nouveau cadre réglementaire, le principe d'efficacité conseille de maintenir toutes les mesures antérieures, sans distinction.

25 — L'article 16 de la directive cadre, auquel renvoient les articles 27 de cette même directive, 16 de la directive service universel et 7 de la directive accès, ébauche un processus soumis aux lignes directrices que, conformément à l'article 15, paragraphe 2, de la directive-cadre, la Commission approuve avec le concours des autorités nationales chargées de la concurrence (article 16, paragraphe 1), ainsi qu'aux règles que l'organisme national correspondant publie afin de garantir les critères de transparence et de consultation (article 6 de la directive-cadre), avec l'intervention de l'institution précitée ainsi que des instances pertinentes des autres États membres (article 7, paragraphes 3, 4 et 5 de la directive-cadre). Cette complexité m'a permis de suggérer, dans les conclusions dans l'affaire *Telefónica 02 Czech Republic*, que les dispositions précitées ne présentaient pas les attributs pour jouir d'un effet direct (point 45).

46. En résumé, quelle que soit la méthode d'interprétation des articles 27, premier alinéa, de la directive-cadre et 16, para-

graphe 1, sous a), de la directive service universel, elle vise l'ensemble des obligations imposées aux opérateurs par le régime précédent, indépendamment de leur source, ou, en d'autres termes, de l'instrument choisi par chaque État membre pour la mise en œuvre et l'exécution de l'harmonisation communautaire²⁶. La thèse défendue par Deutsche Telekom conduirait à ce que des entreprises se trouvant dans la même situation matérielle soient régies par des systèmes différents en fonction de l'État membre dans lequel elles opèrent, conséquence contraire aux directives sur les télécommunications et, en général, aux fondements du droit de l'Union européenne.

3. La soumission des tarifs à autorisation administrative

47. Reste à déterminer si une disposition telle que l'article 25, paragraphe 1, du TKG de 1996, qui soumettait à autorisation préalable les tarifs que les entreprises dominantes réclamaient à leurs consommateurs finaux pour les prestations de téléphonie vocale, est conforme aux articles 27, premier alinéa, de la directive-cadre et 16, paragraphe 1, sous a), de la directive service universel.

48. Cette dernière disposition plaide en faveur du maintien des obligations découlant de l'article 17 de la directive 98/10, qui soumet, sous le contrôle des autorités réglementaires nationales, les organismes qui sont puissants sur le marché aux principes qu'il prévoit (paragraphe 1) et, particulièrement, à celui de l'adéquation entre les prix et les coûts (paragraphe 2).

49. L'article 25 du TKG de 1996 renvoyait à l'article 24 de cette même loi, qui liait le montant des honoraires aux coûts de la prestation. Dans ces conditions, il n'y a pas de raison de nier son caractère de mise en œuvre de l'article 17 de la directive 98/10. Les articles 27, premier alinéa, de la directive-cadre et 16, paragraphe 1, sous a), de la directive service universel demandent donc son maintien jusqu'à ce que l'analyse pertinente du marché allemand soit faite et que le degré de concurrence soit évalué, afin d'agir en conséquence, en conservant, en modifiant ou en supprimant les obligations imposées aux entreprises dominantes.

50. En effet, l'exigence que les tarifs d'une entreprise de cette nature, qui remplit les conditions des articles 24 et correspondants du TKG de 1996, soient autorisés par l'instance pertinente garantit le respect de l'article 17 de la directive 98/10 (paragraphe 1 de cette disposition), notamment par l'adéquation entre les tarifs et les coûts (paragraphe 2).

26 — L'arrêt du 8 décembre 2005, *Commission/Luxembourg* (C-33/04, Rec. p. I-10629, points 54 à 60), laisse également entrevoir une compréhension large du régime transitoire.

51. La Commission fait mouche lorsqu'elle explique que, si, lors de la période de transition, ces tarifs n'étaient pas soumis à un contrôle administratif, il serait difficile de vérifier qu'ils s'orientent en fonction des coûts, se jouant de l'intention de garantir une continuité, sans interruptions indésirables, tant que l'indispensable analyse de marché n'a pas été faite.

52. Par conséquent, l'obligation de l'article 25 du TKG de 1996 découle de l'article 17 de la directive 98/10. Conformément aux articles 27, premier alinéa, de la directive-cadre et 16, paragraphe 1, sous a), de la directive service universel, elle doit donc être maintenue avec le caractère provisoire indiqué.

53. Eu égard à l'ensemble des considérations précédentes, il conviendrait que la Cour réponde à la première question préjudicielle en ce sens que les dispositions mentionnées obligent à prolonger provisoirement la validité d'une prescription légale prévue par le droit national antérieur, ainsi que de l'acte administratif d'application correspondant, qui soumet à autorisation administrative les tarifs qu'une entreprise dominante réclame à ses consommateurs finaux pour la prestation de services téléphoniques.

B — *La seconde question préjudicielle: une question redondante*

54. Par cette question, posée à titre subsidiaire, la juridiction allemande souhaite savoir si, dans l'hypothèse où les articles 27, premier alinéa, de la directive-cadre et 16, paragraphe 1, sous a), de la directive service universel ne prévoiraient pas le maintien provisoire d'une obligation légale telle que celle décrite, le droit communautaire laisse aux législateurs de chaque État membre la marge de liberté suffisante pour ce faire.

55. La réponse à la première question dissipe ce doute. Le «droit communautaire» évoqué dans la question ne peut être autre que les directives du «nouveau cadre réglementaire» dans le secteur des communications électroniques. Comme les critères d'interprétation systématique et téléologique utilisés dans les présentes conclusions le laissent deviner, l'économie générale de ces réglementations non seulement conseille, mais oblige à prolonger les mesures précédentes tant que la situation des marchés, à travers les études opportunes, n'est pas connue. Les autorités réglementaires nationales doivent alors promouvoir la mise en œuvre de l'actuel cadre réglementaire, en maintenant, en modifiant ou en supprimant les obligations du passé.

VII — Conclusion

56. À la lumière des réflexions qui précèdent, je propose donc à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Bundesverwaltungsgericht de la manière suivante:

«L'article 27, premier alinéa, 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 l'article 16, paragraphe 1, sous a), 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') doivent être interprétés en ce sens qu'ils obligent à maintenir, de manière provisoire, jusqu'à la réalisation de l'analyse pertinente des marchés, une prescription légale du droit national antérieur, ainsi que l'acte administratif d'application correspondant, qui soumet à autorisation administrative les tarifs qu'une entreprise dominante réclame à ses consommateurs finaux pour la prestation des services de téléphonie vocale.»