



Université Internationale Menéndez Pelayo – Santander (Espagne)

Cour suprême d'Espagne

En collaboration avec l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne

**Convergence des hautes juridictions administratives
de l'Union Européenne
dans l'application du droit communautaire**

La convergence dans l'application du droit communautaire relatif aux secteurs économiques régulés (III) : points communs des décisions des juridictions administratives suprêmes de l'UE prises dans le cadre de l'application des directives énergie et télécommunications.

Frédéric Lenica,
Commissaire du gouvernement
Conseil d'Etat de France

SANTANDER

8-9-10 septembre 2008



Il y a quelques années, traiter un thème comme celui consistant à déterminer les points communs des décisions des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne prises dans le cadre de l'application des directives communautaires dans les domaines de l'énergie et des télécommunications aurait nécessité de longs et coûteux déplacements et la manipulation de volumineux recueils de décisions. Aujourd'hui, grâce aux efforts de l'association et à la bienveillante attention de notre collègue Yves Kreins, il suffit de saisir un ordinateur et de se brancher sur Jurifast.

Il m'a donc fallu peu de temps pour constater que les points communs dont je suis chargé de parler sont à peu près inexistantes. En tout cas si l'on s'en tient à l'interprétation ou à l'application des normes de droit matériel contenues dans le droit communautaire. L'examen des principales décisions rendues par nos cours administratives suprêmes en matière de droit des télécoms et de l'énergie permet toutefois, à défaut d'interprétations ou d'applications communes, de dégager un trait commun à la grande majorité des décisions rendues dans ces matières : ce trait commun est la grande prudence avec laquelle nos cours traitent ces questions.

Avant d'en venir aux manifestations concrètes de cette prudence et aux risques qu'elle peut engendrer, je vous propose de commencer par quelques mots sur les raisons susceptibles, sinon de justifier, au moins d'expliquer, cette prudence.

Ces raisons me semblent de deux ordres.

Les premières sont le fruit d'un mélange de considérations techniques et juridiques. Les deux marchés des télécoms et de l'énergie sont tout d'abord marqués par l'existence de coûteux réseaux, aux rendements d'échelles décroissants. Des économistes mais aussi, il faut bien le dire, des ingénieurs formant parfois des lobbys puissants, les ont donc bien souvent considérés comme des monopoles naturels. Facteur aggravant, l'intérêt stratégique de ces marchés les a, dans bien des pays, placés sous la responsabilité directe de l'Etat – et le monopole de fait s'est transformé en monopole de droit, bénéficiant d'une protection à un niveau particulièrement élevé dans la hiérarchie des normes nationale. Dans certains pays, à forte tradition centralisatrice, la protection se situe même au niveau constitutionnel.

La deuxième raison permettant de comprendre la grande prudence de nos juridictions suprêmes se situe à un niveau plus philosophique. Elle tient probablement, même si cela n'est pas toujours affirmé explicitement, au sentiment diffus que la nécessité d'achever de grands marchés européens unifiés dans ces domaines ne constitue pas forcément à l'heure actuelle la priorité absolue des ordres juridictionnels nationaux. Et, après tout, une position d'attente circonspecte peut se recommander d'arguments assez solides. Les deux marchés, malgré leurs spécificités économiques réelles, ne sont pas mentionnés par les traités originels. L'acte unique européen de 1986 se borne de son côté à une simple allusion à leur égard. Le Traité de Maastricht les mentionne certes expressément, mais sans insérer toutefois de règles particulières dans le droit primaire. Ce silence normatif pouvait recevoir deux interprétations : soit une invitation à ne rien faire, soit en sens inverse une ouverture pour tenter de leur appliquer, progressivement, le droit commun.

Sans surprise, la Commission a choisi la seconde option et, force est de le constater, a un bâti un régime juridique communautaire des marchés des télécoms et de l'énergie (c'est-à-dire du gaz et de l'électricité) d'une grande cohérence.

Du côté des télécoms, après quelques directives initiales ayant libéralisé d'abord le marché du matériel, puis celui des services, en commençant par la téléphonie non vocale, le droit positif est essentiellement constitué, à l'heure actuelle, du paquet Télécom de 2002. Comme vous le savez, ce paquet comporte cinq directives : une directive (2002/21) fixant les grandes lignes d'un cadre réglementaire commun, dite directive « cadre » et quatre directives spécifiques : 1) une directive (2002/19) relative à l'accès aux réseaux et à l'interconnexion, dite directive « accès » ; 2) une directive (2002/22) relative aux modalités d'autorisation des réseaux, dite directive « autorisation » ; 3) une

directive (2002/23) relative au service universel et aux droits des utilisateurs, dite directive « service universel » et enfin 4), une directive (2002/58), plus tardive, relative au traitement par les opérateurs des données à caractère personnel.

Côté électricité et gaz, le paquet normatif est plus compact, et s'inscrit en outre dans un régime jurisprudentiel plus contraint, borné par les deux arrêts de la Cour européenne de justice (CEJ) du 27 avril 1994 Commune d'Almelo et du 23 octobre 1997 Commission contre République française. Le premier arrêt est, vous vous en souvenez, celui par lequel la CEJ, après avoir consacré l'électricité comme une marchandise au sens du traité, affirmait néanmoins que l'application par une entreprise d'électricité d'une clause d'achat exclusif pouvait échapper aux règles de la concurrence, dans la mesure où cette restriction était nécessaire pour permettre à cette entreprise d'assurer sa mission d'intérêt économique général. Le second arrêt rappelle quant à lui que, quand une entreprise est chargée d'un service économique d'intérêt général, les règles concurrentielles de droit commun peuvent ne pas s'appliquer, dès lors qu'elles feraient échec, en droit ou en fait, à l'accomplissement des obligations qui incombent à cette entreprise. Les deux directives 2003/54/CE et 2003/55/CE se bornent donc à procéder à l'ouverture graduée des marchés de deux façons : d'une part par la désignation progressive de cercles de clients éligibles à la concurrence ; d'autre part en chargeant les autorités de régulation nationales d'assurer – au minimum –, la non-discrimination, une concurrence effective et le fonctionnement effectif du marché, mais sans s'attaquer frontalement à deux éléments caractéristiques de celui-ci, à savoir l'existence de tarifs réglementés d'une part et l'existence de contrats de long terme entre opérateurs entravant les ressources d'interconnexion des réseaux d'autre part.

D'un côté, des droits nationaux historiquement protecteurs, au surplus à un niveau élevé dans la hiérarchie des normes interne ; de l'autre côté, un droit communautaire simplement dérivé, de nature très technique, qui suppose par construction de longues et difficiles opérations de transposition dans les droits nationaux, pas toujours réalisées à temps ou de bonne foi : on peut comprendre que nos cours suprêmes aient choisi d'aborder ce dossier avec prudence.

Il est vrai que cette prudence, dont nous allons citer les manifestations dans un instant, n'est pas générale.

On trouve même, dans des domaines ciblés, des décisions faisant preuve d'une certaine audace.

On constate ainsi une forte volonté commune de conférer toute leur portée aux dispositions de la directive cadre télécoms visant à instaurer des autorités de régulation nationales dotées des plus larges pouvoirs. C'est ainsi que le Conseil d'Etat de Belgique a, par un arrêt du 11 juin 2007 *Tele 2 Belgium*, estimé que l'article 4 de cette directive faisait obligation à chaque Etat membre d'habiliter, afin de garantir l'efficacité, la compétence, l'indépendance et la sécurité juridique requises, un seul et unique organisme pour traiter de tous les différends relatifs à la réglementation des télécommunications.

On trouve également de nombreuses décisions choisissant de conforter les initiatives, parfois innovantes, de ces autorités de régulation en ce qui concerne la libéralisation de l'accès à la boucle locale des installations téléphoniques filaires ou au sujet de la baisse progressive du tarif d'interconnexion entre opérateurs de téléphonie mobile.

Les éléments fondamentaux de la directive « service universel » ont également fait l'objet de décisions rapides et d'une grande clarté, y compris en utilisant la technique de l'interprétation neutralisante de dispositions nationales *contra legem*. L'exemple le plus frappant qu'il m'ait été donné de trouver est de ce point de vue le très intéressant arrêt GSK du 11 juillet 2006 par lequel la cour administrative suprême de Pologne a totalement neutralisé les dispositions de la loi interne sur les télécommunications permettant d'interrompre momentanément les droits d'un client changeant d'opérateur téléphonique, y compris pour des raisons techniques, au motif que ces dispositions

risquaient de mettre en cause l'objectif communautaire visant à assurer une portabilité complète des numéros, c'est-à-dire la possibilité de conserver le même numéro de téléphone en changeant d'opérateur.

Ces quelques éclairs d'audace ne dissipent toutefois pas l'impression dominante de grande prudence qui imprime sa marque sur la jurisprudence de nos cours. Les manifestations en sont multiples et font appel à toutes les ressources offertes par les textes et les marges de manœuvre consenties par la jurisprudence de la CEJ. Je me bornerai à citer trois cas de figure, que tous les praticiens de la procédure assis autour de cette table ont certainement eu l'occasion d'observer un jour ou l'autre dans leur carrière.

Le premier et celui que je qualifierai de « litige clair », par transposition de la théorie de l'acte clair théorisée par Laferrière et reprise à son compte par la CEJ dans son arrêt *Silfit*. Le litige clair est celui sur lequel tout le monde s'accorde pour estimer que le litige, quoi que présentant un arrière-plan communautaire assez dominant, peut tout à fait se résoudre par la seule application du droit national. Il est possible de trouver une illustration de ce cas de figure dans deux arrêts rendus l'un le 4 juillet 2007 par la cour administrative suprême tchèque et l'autre le 31 mars 2004 par le Bundesverwaltungsgericht. Dans le premier arrêt, relatif à un litige entre la filiale locale de T-Mobile et Eurotel Praha au sujet de l'attribution d'une fréquence radioélectrique constate que, dès lors qu'une bande passante est, en fait, totalement saturée, aucun droit subjectif ne peut être revendiqué par un nouvel entrant potentiel sur le marché, quel que soit le fondement juridique, y compris communautaire, dont celui-ci se prévaut. Dans le second arrêt, relatif à un litige d'interconnexion entre opérateurs, la cour, en se fondant exclusivement sur le droit allemand, est parvenue à répondre, sans recours à l'article 234, qu'un accord d'interconnexion pouvait ne pas prévoir de clause de dénonciation, dès lors que le code civil allemand dispose que, dans des cas d'urgence, il peut être mis fin exceptionnellement à des contrats et ce indépendamment des clauses qu'ils comportent. La théorie du litige clair permet, vous l'aurez compris, de prudemment conserver dans le chef de compétence de la juridiction un litige qu'il serait périlleux d'exporter devant la cour de justice européenne.

En sens complètement inverse, l'utilisation extensive de l'article 234 permet aussi, dans ces matières où de lourds intérêts financiers sont en jeu, de faire trancher par la cour des litiges de portée essentiellement nationale, tout en permettant aux juges de Luxembourg de donner l'ampleur qui convient à leur arrêt préjudiciel. Nous connaissons tous cette technique, et il est même possible que le Conseil d'Etat français y recoure de temps en temps : je pense par exemple aux questions préjudicielles posées au sujet de la rémunération des comptes bancaires courants par la Caixa Bank ou de la culture du maïs transgénique. La question du montant des tarifs du service universel, a ainsi fait l'objet de nombreuses questions préjudicielles un peu téléguidées, destinées à servir d'abri futur aux décisions rendues par nos cours nationales. Il arrive d'ailleurs que la CEJ, qui ne s'y trompe pas, saisisse l'occasion d'une telle transmission pour rendre un arrêt de principe qui vaut largement au-delà de la question posée : l'exemple le plus frappant, qui a déjà été cité dans nos débats, est celui de l'arrêt de Grande Chambre *Germany Gmbh* rendu le 19 septembre 2006 sur renvoi du Bundesverwaltungsgericht, aux conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire C-392/04 et autre.

Troisième et dernière manifestation de notre prudence commune dans le traitement de ces affaires : l'utilisation de toutes les marges de manœuvre permises par la jurisprudence de la CEJ. Le Conseil d'Etat français est ainsi devenu un utilisateur régulier de la jurisprudence du 17 décembre 1997 *Inter-environnement Wallonie c/ Région wallonne*, Rec. I, p. 7435, laquelle permet, lorsque le délai de transposition d'une directive n'est pas expiré, de se borner à vérifier qu'une norme de droit national nouvelle ne compromet pas sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive : pour une utilisation topique, il suffit de se reporter à la décision rendue en excès de pouvoir le 5 décembre 2005 *Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications*, qui mériterait pour ce seul motif finement ciselé, d'être versée sans délai dans *Jurifast*. Toutes nos cours utilisent enfin, quelle que soit la dénomination nationale utilisée, les ressources du contrôle restreint ou

marginal que la CEJ permet aux juges nationaux d'utiliser en matière économique, dans les seules limites du respect du principe d'équivalence, ainsi que la cour l'a rappelé en dernier lieu dans son arrêt Krupp, référencé sous le n° C-120/97.

Dans ces matières, il semble donc que la prudence soit l'apanage de nos cours suprêmes nationales. L'un des effets positifs de cette prudence est de permettre une évolution maîtrisée des marchés des télécoms et de l'énergie, dont on connaît la dimension politique essentielle dans nos pays respectifs. Il ne faut toutefois pas se cacher que cette prudence, si elle se transforme en immobilisme, est susceptible de provoquer, par réaction, des mouvements d'une ampleur parfois inattendue, à la fois sur les plans jurisprudentiel et normatif.

Certains signes avant-coureurs sont déjà perceptibles, et ce sera mon 3^{ème} et dernier point, à la fois du côté de la CEJ, mais aussi de la Commission.

S'agissant de nos collègues de Luxembourg, je m'en tiendrai à la citation d'un seul arrêt, rendu en 2005 au sujet du marché de l'électricité.

Comme chacun le conçoit, pour créer un grand marché de l'électricité au sein de l'Union, il faut garantir un libre accès aux interconnexions entre réseaux nationaux et permettre ainsi la fourniture intra-communautaire d'électricité par de nouveaux entrants sur le marché. Cet accès aux interconnexions se heurte toutefois à des obstacles matériels et juridiques. Les points d'interconnexion entre réseaux sont tout d'abord relativement rares et la capacité d'interconnexion est donc limitée. Le second obstacle est juridique : depuis longtemps, avant que la libéralisation du marché de l'électricité ait été engagée, les opérateurs historiques de chacun des Etats membres avaient conclu entre eux des contrats à long terme pour se fournir mutuellement de l'électricité. Ces contrats permettaient d'assurer la sécurité des approvisionnements et ils prévoyaient souvent la fourniture en permanence d'une certaine quantité d'électricité. L'exécution de ces contrats impliquait donc l'octroi de capacités prioritaires d'interconnexion, qui constituaient, sans nul doute, un frein à la libéralisation du marché.

Aucune de nos cours, même si la question y a parfois été abordée à la marge, n'a pris de position rapide sur le sujet, y compris en tentant d'orienter une possible réponse préjudicielle de la CEJ sur le fondement longtemps applicable de la directive 96/92/CE. Et celle-ci, directement saisie par un régulateur, y a apporté une réponse très radicale : dans son arrêt de grande chambre du 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie*, rendu aux conclusions contraires de Mme Stix-Hackl, la cour a en effet jugé que, sous l'empire du droit communautaire qui s'était emparé de la matière, les Etats membres ne pouvaient plus accorder des capacités prioritaires d'interconnexion pour l'exécution des contrats à long terme, même si ces derniers avaient été conclus avant l'entrée en vigueur des directives. Il est permis de penser que cette radicalité dans le raisonnement, si elle devait se perpétuer, entrera rapidement en conflit avec le maintien d'une stratégie de prudence au niveau national.

Ajoutons, pour conclure, qu'en juin dernier, la commission européenne a décidé de saisir la CEJ à l'encontre de la Belgique pour ne pas avoir transposé correctement en droit interne les dispositions des directives relatives aux marchés du gaz et de l'électricité, que la Pologne fait l'objet d'une procédure équivalente pour l'électricité, que la Hongrie en est au stade de l'avis motivé et la Bulgarie au stade de la mise en demeure, alors même que de nouveaux projets de directives se profilent à l'horizon.

Il y a donc fort à parier que l'unité dans la prudence se traduise à terme par l'uniformité des condamnations. Portalis, l'un des rédacteurs du code civil napoléonien fréquemment cité dans ce colloque, doit en frémir d'avance.