

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 17 mai 2001¹

1. Par requête du 3 novembre 1999, la Commission des Communautés européennes a introduit, conformément à l'article 226 CE, un recours visant à faire constater que la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 2, paragraphe 2, quatrième alinéa, de la directive 90/388/CEE², modifiée par la directive 96/19/CE³.

2. La République portugaise conclut au rejet du recours.

I — Cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

Les directives 90/388 et 96/19

3. L'article 1^{er}, paragraphe 1, septième tiret, de la directive 90/388 définit le

1 — Langue originale: le français.

2 — Directive de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (JO L 192, p. 10).

3 — Directive de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388 en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications (JO L 74, p. 13).

«service de téléphonie vocale» en ces termes:

«l'exploitation commerciale pour le public du transport direct et de la commutation de la voix en temps réel au départ et à destination des points de terminaison du réseau public commuté, permettant à tout utilisateur d'utiliser l'équipement connecté à un tel point de terminaison pour communiquer avec un autre point de terminaison».

4. Selon l'article 2, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/388, telle que modifiée par la directive 96/19, les États membres abolissent toutes les mesures accordant des droits exclusifs pour la fourniture de services de télécommunications, y compris la mise en place et l'exploitation de réseaux de télécommunications nécessaires à la prestation de ces services.

5. L'article 2, paragraphe 2, de la directive 90/388, telle que modifiée par la directive 96/19, dispose:

«Les États membres prennent les mesures nécessaires afin de garantir à toute entre-

prise le droit de fournir les services de télécommunications visés au paragraphe 1 ou de mettre en place et d'exploiter les réseaux visés au paragraphe 1.

de procéder aux ajustements structurels requis. [...]

La décision 97/310/CE

Sans préjudice de l'article 3 *quater* et de l'article 4 paragraphe 3, les États membres peuvent maintenir des droits spéciaux et exclusifs jusqu'au 1^{er} janvier 1998 pour la téléphonie vocale et la fourniture de réseaux publics de télécommunications.

6. Par cette décision en date du 12 février 1997, la Commission a accordé à la République portugaise des délais supplémentaires pour la mise en œuvre, notamment, de la directive 90/388 en ce qui concerne la pleine concurrence dans les marchés des télécommunications⁴.

Les États membres prennent toutefois les mesures nécessaires pour faire en sorte que toutes les restrictions subsistantes à la fourniture de services de télécommunications autres que la téléphonie vocale sur des réseaux mis en place par le prestataire du service de télécommunications, sur des infrastructures fournies par des tiers et au moyen d'un usage partagé de réseaux, installations et sites, soient levées le 1^{er} juillet 1996 au plus tard, les mesures correspondantes devant être notifiées à la Commission à cette même date.

7. Aux termes de son article 3, «[l]e Portugal est autorisé à reporter, jusqu'au 1^{er} janvier 2000, l'abolition des droits exclusifs accordés actuellement à Portugal Telecom en ce qui concerne la téléphonie vocale ainsi que la mise en place et la fourniture de réseaux publics de télécommunications, pour autant que [certaines conditions] soient appliquées suivant [un calendrier donné] [...]».

En ce qui concerne les dates prévues au deuxième et au troisième alinéa du présent paragraphe, à l'article 3 et à l'article 4 *bis* paragraphe 2, un délai supplémentaire de cinq ans au maximum sera accordé, sur leur demande, aux États membres dotés de réseaux moins développés, et un délai supplémentaire de deux ans au maximum sera accordé, sur leur demande, aux États membres dotés de très petits réseaux, dans la mesure où cela se justifie par la nécessité

B — *Le droit portugais*

8. Il résulte de l'article 47, paragraphe 1, sous a), du Regulamento de Exploração do

⁴ — JO L 133, p. 19, ci-après la «décision».

Serviço Fixo de Telefone (règlement sur l'exploitation des services de téléphonie fixe), approuvé par le décret-loi n° 240/97, du 16 septembre 1997, que l'offre commerciale, directe ou indirecte, du service de téléphonie fixe par des entités non autorisées, lorsqu'elle implique des liaisons internationales ayant recours à des systèmes de rappel, est une infraction aux droits exclusifs du détenteur de la licence pour la prestation de services de téléphonie fixe.

II — Prétentions et moyens des parties

9. Considérant que le système de rappel est un service à valeur ajoutée et non un service de téléphonie vocale et qu'il ne bénéficie donc pas du délai supplémentaire accordé à la République portugaise, la Commission a envoyé, le 27 mai 1998, une lettre de mise en demeure au gouvernement portugais.

10. Dans sa réponse du 14 juillet 1998, le gouvernement portugais a soutenu, au contraire, que ce système est un service de téléphonie vocale. Selon lui, en effet, le rappel est un système technologique inséré dans des réseaux de télécommunications qui permet de bénéficier de la capacité de transport d'un réseau, en dehors de son territoire d'installation, rendant ainsi possibles des communications vocales en temps réel.

11. Les autorités portugaises ont réitéré cette thèse dans leur lettre du 18 juin 1999, en réponse à l'avis motivé de la Commission du 4 mai 1999.

12. Dans sa requête, la Commission décrit le système de rappel comme un service dont l'objet est d'inverser le trafic sur le réseau téléphonique public des opérateurs de réseau téléphonique commuté⁵. Ce service consiste à réacheminer les appels des réseaux publics commutés afin qu'ils bénéficient des meilleurs tarifs disponibles. Selon elle, le système de rappel est un service d'acheminement et de tarification offert en plus du service de téléphonie vocale. Il ne saurait être considéré comme un substitut de ce service, dans la mesure où il ne comprend pas le transport direct de la voix, qui est laissé à l'opérateur du réseau public.

13. La Commission soutient que, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un service de téléphonie vocale au sens de la directive 90/388, le service de rappel aurait dû être libéralisé au Portugal dès l'entrée en vigueur de ce texte. L'interdiction dont il fait l'objet, en vertu du décret-loi n° 240/97, serait donc contraire à la directive 90/388.

14. Dans son mémoire en défense, le gouvernement portugais fait valoir que l'auto-

⁵ — Selon la Commission, la fonction de commutation de circuits comprend les opérations de connexion, de traitement des appels et de commande. La fonction de traitement des appels consiste à établir et à interrompre les liaisons à partir d'informations fournies par l'abonné.

risation de maintenir des droits exclusifs qui lui a été accordée jusqu'au 1^{er} janvier 2000, en ce qui concerne la téléphonie vocale, comprend le service de rappel.

15. Il précise que, si l'opérateur du service de rappel se substitue effectivement à l'opérateur du service de téléphonie vocale, c'est en réalité ce dernier qui reste en charge de la fonction de transport direct de la voix.

16. La position du gouvernement portugais est dictée, selon lui, par l'esprit et par la finalité de la dérogation accordée par la décision, qui repose sur la nécessité de prévoir des périodes de transition supplémentaires destinées à éviter de compromettre l'équilibre financier des opérateurs publics de télécommunications et à permettre les ajustements structurels indispensables avant la libéralisation des services de télécommunications, en particulier d'un point de vue tarifaire.

17. S'il en était autrement, ces ajustements ne pourraient être opérés puisque ceux-ci résulteraient des mécanismes du marché. Le service de rappel introduirait des éléments de distorsion dans les conditions d'exploitation du service de téléphonie vocale.

18. Dans son mémoire en réplique, la Commission explique que, conformément au point 26 des motifs de la décision, le délai supplémentaire prévu par la directive

90/388 doit être strictement proportionné à ce qui est nécessaire pour réaliser les ajustements structurels requis. Or, s'agissant de la République portugaise, ces ajustements consistent dans l'augmentation de la diffusion du système de téléphonie vocale. Au contraire, la situation ne serait pas comparable en matière de modernisation du réseau téléphonique puisque Portugal Telecom devancerait d'autres opérateurs de télécommunications de la Communauté.

19. La Commission ajoute que l'issue du recours dépend de la définition de la notion de «service de téléphonie vocale». La notion ayant été harmonisée par la directive 90/388, tout acte législatif postérieur à cette directive qui y fait appel devrait être interprété conformément au sens qui lui est ainsi conféré.

20. La Commission rappelle qu'un opérateur de service de rappel ne pourra jamais se substituer à un opérateur de service de téléphonie vocale. Ce dernier fournit le transport et la commutation de la voix, en temps réel, entre deux points de terminaison du réseau. Il demeure donc nécessaire au bon fonctionnement du système de rappel.

21. Selon elle, l'objectif poursuivi par la décision n'a pas de rapport avec l'exploitation commerciale du service de téléphonie vocale. Le délai supplémentaire accordé à la République portugaise serait uniquement

justifié par la nécessité d'augmenter la diffusion du téléphone au Portugal. Le maintien du privilège exclusif de Portugal Telecom serait limité au service de téléphonie vocale. Par son caractère d'exception à l'un des principes communautaires de libre circulation, cette disposition devrait être strictement interprétée.

22. Enfin, la Commission précise que le système de rappel ne fonctionne que pour les appels internationaux. L'impact réel de la libéralisation de ce service est donc faible, d'autant que, même parmi cette catégorie d'appels, il occupe une place marginale.

23. Dans son mémoire en duplique, le gouvernement portugais rappelle qu'il ne conteste pas que la notion de «service de téléphonie vocale» correspond, pour l'essentiel, à celle qui est énoncée à l'article 1^{er} de la directive 90/388. Elle doit, dès lors, être interprétée et appliquée conformément à cette définition.

24. Selon lui, le litige ne porte pas sur cette notion, mais sur le contenu des droits exclusifs dont Portugal Telecom bénéficie en ce qui concerne la téléphonie vocale, la mise en place et la fourniture de réseaux publics de télécommunications. Ces droits ne correspondraient pas strictement au service de téléphonie vocale mais comprendraient l'interdiction de la libre prestation des services de rappel.

25. La question qui se pose serait celle de savoir si les droits exclusifs temporaires d'exploitation commerciale du service de téléphonie vocale accordés à Portugal Telecom sont, d'un point de vue économique et dans la perspective de la législation applicable, conciliables avec le système de rappel.

26. Le gouvernement portugais explique que le rappel constitue une manière de modifier le sens d'acheminement direct de la voix, celle-ci demeurant transportée sur le réseau public commuté. Il s'agit, donc, d'un service fourni au moyen d'équipements connectés aux points terminaux de ce réseau. Il permet à l'opérateur de modifier les conditions d'exploitation commerciale du service de transport de la voix offert par l'opérateur du réseau public. Dans la mesure où il doit son existence aux écarts tarifaires entre les différents fournisseurs de service de téléphonie vocale et qu'il présuppose que la concurrence entre eux est licite, l'exploitation du service de rappel sur le mode concurrentiel n'est pas compatible avec les droits exclusifs portant sur le service de téléphonie vocale.

27. Le gouvernement portugais fait valoir que la décision doit être interprétée conformément à l'objectif qu'elle poursuit, qui est de faire échapper les services de téléphonie vocale à la concurrence, afin de concilier l'accroissement de la diffusion du téléphone avec l'ajustement tarifaire. Or, le système de rappel aurait pour effet pratique de fournir le service de téléphonie vocale dans des conditions différentes de celles qui sont

offertes par le titulaire du droit exclusif d'exploitation de la téléphonie vocale.

III — Sur le recours en manquement

28. Une telle lecture ne serait pas incompatible avec le principe de proportionnalité, la décision ne comportant aucune mention sur l'étendue plus ou moins grande de la concurrence qui pourrait être faite à Portugal Telecom.

29. Selon le gouvernement portugais, l'argument de la Commission selon lequel le service de rappel est marginal dans le trafic international ne saurait être admis.

30. L'importance de ce service varierait en fonction du degré de concurrence existant entre les opérateurs. Son interdiction par la législation nationale expliquerait l'absence de données sur l'impact réel qu'il aurait eu s'il avait été autorisé. Depuis la fin du délai accordé à la République portugaise, il est significatif qu'aucune demande de licence d'opérateur de service de rappel n'a été introduite, ce qui peut être interprété comme un signe du réajustement des tarifs de Portugal Telecom selon des modèles concurrentiels et comme une preuve du caractère opportuniste de l'intérêt manifesté envers le système de rappel durant la période de protection accordée à Portugal Telecom.

31. Aux termes de l'article 3 de la décision, la République portugaise est autorisée à reporter, jusqu'au 1^{er} janvier 2000, l'abolition des droits exclusifs accordés actuellement à Portugal Telecom en ce qui concerne la téléphonie vocale ainsi que la mise en place et la fourniture de réseaux publics de télécommunications.

32. L'issue du présent recours dépend du point de savoir si, comme le prétend le gouvernement portugais, le maintien de ces droits exclusifs s'oppose à la libéralisation du service de rappel.

33. Précisons d'ores et déjà que, selon les parties, le rappel est un service supplémentaire offert au public par rapport au simple transport direct et à la simple commutation de la voix en temps réel.

34. En effet, comme la Commission, le gouvernement portugais ne conteste pas que le service de rappel n'est pas, à proprement parler, un service de téléphonie vocale, au sens de l'article 1^{er} de la directive 90/388. Il explique qu'il «ne prétend pas élargir cette notion de manière à ce qu'elle inclue le service de *call back*»⁶. Selon lui, si l'opérateur du service de rappel se substitue effectivement à l'opérateur du service de téléphonie vocale, ce dernier n'en

6 — Point 4 du mémoire en duplique.

demeure pas moins chargé d'effectuer le transport direct de la voix. L'opérateur du service de rappel définit les conditions dans lesquelles, d'une part, le transport s'effectue et, d'autre part, le service est fourni, d'un point de vue commercial⁷.

35. Toutefois, selon le gouvernement portugais, les droits exclusifs temporaires d'exploitation commerciale du service de téléphonie vocale sont inconciliables avec un système de rappel soumis à la concurrence, dans la mesure où cette libéralisation compromettrait l'équilibre financier de l'opérateur public et constituerait un obstacle aux ajustements tarifaires.

36. Outre qu'il ne trouve aucun fondement dans le libellé de la décision, qui limite à la téléphonie vocale ainsi qu'à la mise en place et à la fourniture de réseaux publics de télécommunications le report de l'abolition des droits exclusifs dont bénéficie Portugal Telecom, cet argument se heurte au principe selon lequel les exceptions aux principes du droit communautaire doivent être interprétées de manière restrictive.

37. Rappelons que, ainsi qu'il ressort du préambule de la directive 96/19, une exception à l'article 90 du traité CE (devenu article 86 CE), en liaison avec les articles 59 du traité CE (devenu, après modi-

fication, article 49 CE) et 86 du traité CE (devenu article 82 CE), avait été admise, en 1990, en application de l'article 90, paragraphe 2, du traité, en ce qui concerne la téléphonie vocale⁸.

38. Cette dérogation aux principes de la libre concurrence et de la liberté de prestation de services a pris fin en application de la directive 96/19, sauf pour les États membres dotés de réseaux moins développés ou de très petits réseaux qui bénéficiaient, sous certaines conditions, d'une exception temporaire⁹. Par conséquent, la décision par laquelle la Commission a accordé des délais supplémentaires à la République portugaise, en application de ces dispositions, prolonge au profit de cet État membre la dérogation qui lui avait été initialement octroyée.

39. Conformément à votre jurisprudence constante, toute dérogation aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité doit faire l'objet d'une interprétation stricte¹⁰. Dès lors, il apparaît justifié que les droits exclusifs dont dispose Portugal Telecom sont circonscrits au seul domaine, énoncé par l'article 3 de la décision — en dehors du

8 — Troisième et quatrième considérants.

9 — Cinquième considérant de la directive 96/19 et article 2, paragraphe 2, de la directive 90/388.

10 — Voir, par exemple, arrêt du 1^{er} juin 1995, *Commission/Italie* (C-40/93, Rec. p. I-1319, point 23).

7 — Point 14 du mémoire en défense.

domaine des réseaux publics de télécommunications —, de la téléphonie vocale.

concerne la téléphonie vocale ne dépasse pas deux années.

40. Cette lecture de l'article 3 de la décision n'apparaît pas contraire aux objectifs poursuivis par la directive 90/388, exprimés dans le préambule de la directive 96/19 ainsi que dans la décision elle-même.

41. Le maintien des droits exclusifs est justifié par la nécessité pour les opérateurs de télécommunications de procéder à des ajustements structurels, caractérisés, en particulier, par la modification progressive des tarifs et par l'accroissement de la diffusion du réseau de téléphonie vocale.

42. Or, le gouvernement portugais n'a pas démontré en quoi l'exclusion du service de rappel du domaine des droits exclusifs accordés à la République portugaise en matière de téléphonie vocale serait de nature à porter atteinte aux objectifs précités.

43. Il résulte des observations de la Commission, non contestées sur ce point, que le système de rappel est limité aux appels internationaux¹¹. En outre, le délai de prolongation des droits exclusifs en ce qui

44. Il n'a été produit aucun élément de preuve susceptible d'accréditer l'idée selon laquelle la libéralisation du système de rappel deux ans avant celle de la téléphonie vocale aurait suffi, ou simplement concouru, à compromettre les objectifs poursuivis par la directive 90/388, en matière de téléphonie vocale. En particulier, le gouvernement portugais n'a pas fourni, au soutien de ses affirmations, d'évaluation sur la part que pourrait occuper un service de rappel au sein de l'ensemble des services de télécommunications, en cas de libéralisation de son mode d'exercice, et sur la concurrence effective qu'un tel service serait susceptible de faire au service de téléphonie vocale, dans un laps de temps de deux ans.

45. En l'absence de tels éléments, il est douteux que votre Cour soit en mesure d'apprécier la valeur des arguments avancés par le gouvernement portugais quant au risque de remise en cause, provoqué par l'interprétation de la Commission, des objectifs poursuivis par la directive 90/388, à l'égard de certains États membres, en matière de téléphonie vocale.

46. En conséquence, il y a lieu de faire droit au présent recours.

11 — Points 11 de la requête et 21 du mémoire en réplique.

Conclusion

47. Au regard de ces considérations, nous vous proposons de déclarer que:

- «1) En reportant à la date du 1^{er} janvier 2000 l'abolition des droits exclusifs dont dispose Portugal Telecom en matière de système de rappel, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 2, paragraphe 2, quatrième alinéa, de la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, telle que modifiée par la directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, et en vertu de l'article 3 de la décision 97/310/CE de la Commission, du 12 février 1997, concernant l'octroi au Portugal de délais supplémentaires pour la mise en œuvre des directives 90/388/CEE et 96/2/CE en ce qui concerne la pleine concurrence dans les marchés des télécommunications.

- 2) La République portugaise est condamnée aux dépens.»