CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. M. POIARES MADURO
présentées le 1er octobre 2009[1]

I — Contexte de fait et de droit

1. L'une des missions les plus difficiles, mais aussi les plus fondamentales de la Cour consiste à contrôler les limites des interventions de l'Union européenne. Cette tâche est essentielle à l'équilibre des pouvoirs entre les États et l'Union, et aussi à la sauvegarde d'un équilibre approprié des pouvoirs entre les institutions de l'Union elles-mêmes. En outre, l'exercice d'un contrôle sur les actes de l'Union est important pour garantir une responsabilité politique au sein des États (parce que l'Union affecte l'équilibre de leurs pouvoirs internes) et la répartition appropriée de cette responsabilité politique entre l'Union et les États (de façon à ce que les citoyens sachent qui est vraiment responsable et de quoi). Le contrôle juridictionnel n'est pas, cependant, le seul moyen de contrôler les compétences de l'Union et, en particulier, celles de la Communauté européenne. Les processus de prises de décision qui encadrent l'exercice des compétences communautaires et l'implication des États membres dans ces processus constituent souvent le moyen le plus efficace de contrôler ces compétences. On peut dire sans peine que, pendant une longue période, la Cour n'a pas été invitée à assumer un rôle prééminent dans le contrôle des compétences de la Communauté, parce que, justement, les processus de décision enfermaient déjà ces compétences dans des limites solides. La Cour a pourtant été amenée de plus en plus à assumer ce rôle avec la montée en puissance des compétences communautaires et les changements intervenus dans les processus précités. L'un des domaines les plus complexes comprend l'extension des compétences communautaires dans le cadre du marché intérieur et, en particulier, l'extension du pouvoir législatif conféré à la Communauté par l'article 95 CE. La présente affaire en donne un bon exemple: en substance, il s'agit de savoir si la Communauté peut réglementer des prix sur la base de l'article 95 CE et, le cas échéant, dans quelle mesure et à quelles conditions. Il n'est pas douteux que, dans le contexte du fonctionnement du marché intérieur, la Communauté a le pouvoir d'intervenir à l'égard de prix fixés tant par les entreprises (en application des règles de concurrence) que par les États membres (en vertu notamment des règles de libre circulation). Mais la Communauté elle-même peut-elle, sur le fondement de l'article 95 CE, adopter une législation qui fixe, par exemple, certaines limites de prix? Le cas échéant, dans quelles circonstances a-t-elle le droit de le faire? La réponse que donnera la Cour dépendra de notre compréhension globale de l'article 95 CE. À mon avis, l'interprétation qu'a livrée la Cour de l'article 95 CE indique que ce n'est pas une disposition visant à conférer à la Communauté un pouvoir général de réglementation du marché intérieur. En même temps, pourtant, la Cour n'a pas limité l'article 95 CE de façon à ne doter la Communauté que des pouvoirs nécessaires pour éliminer les obstacles au fonctionnement du marché intérieur. La raison en est le caractère dual de cette disposition. Celle-ci a pour finalité de permettre l'adoption de

1 — Langue originale: l'anglais.

mesures qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, mais ces mesures communautaires se substituent à des mesures étatiques qui visent tout un ensemble d'objectifs de régulation du marché. Le fait que l'intervention de la Communauté soit rendue nécessaire pour le bien du marché intérieur ne devrait pas avoir d'incidence sur la réalisation de ces autres objectifs de régulation. Toute interprétation de l'article 95 CE doit préserver cet équilibre. L'objectif d'intégration des marchés justifie l'intervention de la Communauté, mais cette intervention doit préserver la liberté politique de choisir entre toute une série d'options politiques pour réguler le marché. C'est cette préoccupation sous-jacente qui doit servir de guide à l'interprétation et à l'application de l'article 95 CE à la présente affaire.

2. Cette affaire met en cause le règlement (CE) nº 717/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2007, concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE (JO L 171, p. 32) (ci-après le «règlement sur l'itinérance»), qui a modifié le cadre réglementaire commun (le «CRC») de manière à établir des prix maximaux valables pour l'ensemble de la Communauté (appelés «eurotarif») concernant l'itinérance[2] sur les réseaux publics de téléphonie mobile dans les États membres. Le CRC comprend une série de mesures qui ont mis en place un ensemble de procédures harmonisées concernant le cadre réglementaire des services de communication électronique dans toute l'Union. Avant l'adoption du règlement sur l'itinérance, le CRC ne conférait pas aux institutions communautaires le pouvoir de fixer des prix maximaux pour l'itinérance, valables pour l'ensemble de la Communauté.

3. Vodafone Ltd (ci-après «Vodafone») et d'autres ont introduit, devant la High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division, Administrative Court, un recours contestant la validité du règlement sur l'itinérance. La juridiction nationale a posé les questions suivantes à la Cour, en vertu de l'article 234 CE:

«1) Le règlement (CE) nº 717/2007 est-il invalide, en totalité ou en partie, en raison du caractère inapproprié de l'article 95 CE à titre de base juridique?

2 — Le terme «itinérance» désigne l'utilisation du réseau d'un fournisseur de téléphonie mobile dans un État membre qui n'est pas celui du réseau de l'usager du téléphone mobile.

2) L'article 4 du règlement (CE) nº 717/2007 [ensemble avec les articles 2, sous a), et 6, paragraphe 3, dans la mesure où ils font référence à l'eurotarif et aux obligations y relatives] est il invalide au motif que le plafonnement des prix de détail de l'itinérance viole le principe de proportionnalité et/ou le principe de subsidiarité?»

4. Ainsi que l'indiquent ces questions, la mise en cause du règlement sur l'itinérance est fondée sur la thèse selon laquelle ce règlement est invalide parce que l'article 95 CE ne fournissait pas de base juridique suffisante pour permettre à la Communauté d'agir et, même si c'était le cas, les contrôles des prix de détails imposés par ledit règlement violaient les principes de proportionnalité et de subsidiarité. Je suggère de traiter d'abord la question de la base juridique avant d'envisager les questions relatives à la proportionnalité et à la subsidiarité.

5. Les passages pertinents de l'article 95 CE se lisent ainsi:

«1. Par dérogation à l'article 94 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés.

3. La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif.»

6. Les passages pertinents de l'article 14 CE se lisent ainsi:

«1. La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992, conformément aux dispositions du présent article, des articles 15 et 26, de l'article 47, paragraphe 2, et des articles 49, 80, 93 et 95 et sans préjudice des autres dispositions du présent traité.

2. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité.»

A — *Base juridique*

7. Ainsi que la Cour l'a déclaré à maintes reprises, l'article 95 CE peut servir de base juridique lorsqu'il existe, entre des législations nationales, des disparités ou des disparités potentielles «de nature à entraver les libertés fondamentales ou à créer des distorsions de concurrence»[3]. Les mesures prises sur cette base ne doivent être utilisées «que lorsqu'il ressort objectivement et effectivement de l'acte juridique que ce dernier a pour objectif d'améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur»[4]. L'article 95 CE ne donne pas de base à une compétence générale pour réglementer le marché intérieur[5]. Donc, une législation fondée sur l'article 95 CE ne doit pas viser simplement à réglementer le marché intérieur dans le sens que le législateur communautaire juge souhaitable. Ainsi que la Cour l'a déjà dit pour droit, admettre que l'article 95 CE soit utilisé de cette manière serait aller à l'encontre de son libellé spécifique et violerait le principe constitutionnel éminent selon lequel les compétences de la Communauté se limitent à celles qui lui sont spécifiquement attribuées[6]. De plus, il entrerait en conflit avec d'autres bases juridiques du traité CE qui confèrent à la Communauté des compétences spéciales afin de réglementer certains aspects du marché.

8. Cela ne veut pas dire qu'une législation adoptée en vertu de l'article 95 CE ne puisse poursuivre des objectifs réglementaires autonomes. De fait, si l'on interprétait l'article 95 CE en ce sens qu'il ne conférerait à la Communauté que les compétences nécessaires à l'élimination des entraves à l'intégration des marchés, l'intervention de la Communauté subordonnerait toujours les autres buts de régulation du marché aux mesures qui seraient strictement nécessaires pour éliminer les entraves à la libre circulation. Cela reviendrait à affirmer que le législateur communautaire ne pourrait prendre que des mesures qui viseraient à créer une reconnaissance mutuelle, car de telles mesures seraient toujours suffisantes pour prévenir l'apparition ou la persistance d'entraves à la libre circulation. Toute autre mesure serait excessive si, lorsqu'il agit sur la base de l'article 95 CE dans le dessein d'éliminer des restrictions à la libre circulation, le législateur communautaire ne pouvait jamais aller au-delà de ce qui serait suffisant à cette fin. Cela aurait pour conséquence que l'article 95 CE ne pourrait promouvoir l'intégration des marchés que par le biais d'une dérégulation des marchés nationaux. Une telle interprétation supposerait que l'article 95 CE comporte une préférence pour une certaine politique, alors que rien dans le traité ne vient conforter cette thèse. Ainsi que l'a expliqué l'avocat général Fennelly, la jurisprudence de la Cour «n'impose pas d'interpréter les articles 7 A, 57, paragraphe 2, et 100 A du traité [devenus, après modification, articles 14 CE, 47,

3 — Arrêt du 10 février 2009, Irlande/Parlement et Conseil, dit «Rétention de données» (C-301/06, Rec. p. I-593, points 63 et 64).

4 — Arrêt du 2 mai 2006, Royaume-Uni/Parlement et Conseil (C-217/04, Rec. p. I-3771, point 42).

5 — Arrêt du 5 octobre 2000, Allemagne/Parlement et Conseil (C-376/98, Rec. p. I-2247), point 83.

6 — Ibidem.

paragraphe 2, CE et 95 CE] comme une forme de charte libérale qui autoriserait une harmonisation en nivelant par le bas ni même une harmonisation réalisant une sorte de moyenne des niveaux de réglementation nationale préexistants»[7]. En revanche, il convient de distinguer, en faisant une lecture correcte de l'article 95 CE, ce qui déclenche l'harmonisation communautaire (le risque de restrictions à la libre circulation ou de distorsions de concurrence) de la portée et la teneur de cette harmonisation. Celle-ci doit être de nature à permettre d'atteindre les divers objectifs politiques recherchés par les mesures nationales que la législation communautaire est appelée à remplacer. En d'autres termes, l'article 95 CE est à interpréter comme autorisant le législateur communautaire, dès lors que sa compétence est déclenchée par la nécessité d'harmoniser un certain domaine, à poursuivre divers objectifs politiques et à assurer un équilibre entre ces objectifs.

9. De fait, l'article 95 CE fournit la base d'une intensification de la règlementation et non seulement de mesures de déréglementation. En principe, la prise de décision relève d'un processus politique. L'article 95, paragraphe 3, CE prévoit en effet que la législation à laquelle il fournit une base juridique doit viser un niveau élevé en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs. De tels objectifs doivent toutefois s'inscrire dans le cadre législatif global relatif à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur par le biais d'un rapprochement et d'une harmonisation des lois, des règlements et des mesures administratives des États membres. En d'autres termes, il faut que la mesure communautaire contribue à l'intégration des marchés, même si elle n'est pas obligatoirement limitée à ce qui est strictement nécessaire pour parvenir à ce résultat. Bien que la promotion de l'intégration des marchés soit une condition nécessaire d'ouverture de la compétence conférée à la Communauté par l'article 95 CE, l'exercice de cette compétence ne doit pas se limiter à cet objectif. Sinon, cela remettrait en cause la poursuite d'autres objectifs de régulation que les États, à eux seuls, ne peuvent plus poursuivre.

10. L'essentiel de la mise en cause du règlement en raison de sa base juridique tourne autour de ce point. Vodafone soutient que, puisque le CRC avait déjà prévu l'harmonisation complète des législations nationales relatives au secteur de la téléphonie mobile, le règlement sur l'itinérance ne pouvait pas avoir pour objet d'harmoniser ces législations nationales. Il s'ensuit que ledit règlement était né d'un usage inadmissible de l'article 95 CE à des fins de réglementation du marché intérieur.

11. Or, ainsi que la Cour l'a souligné à maintes reprises, le fait qu'une harmonisation exhaustive ait déjà été menée dans un domaine particulier sur la base de l'article 95 CE, «n'implique nullement que le législateur communautaire ne puisse modifier ou

7 — Ibidem, point 85 des conclusions de l'avocat général Fennelly.

adapter ces règles et, si nécessaire, en introduire de nouvelles afin de mieux poursuivre les objectifs» des mesures d'harmonisation initiales[8]. Ces objectifs, nous l'avons vu, ne se limitent pas nécessairement à l'intégration des marchés, même si celle-ci est indispensable pour justifier l'exercice de la compétence de la Communauté. Prétendre le contraire reviendrait à dire que la Communauté serait dans l'incapacité de remédier aux déficiences de mesures d'harmonisation fondées sur l'article 95 CE. Lorsque le législateur communautaire agit sur le fondement de l'article 95 CE, il le fait d'une manière qui est révélatrice de certains choix politiques. Cela implique la préférence pour un certain niveau, par exemple, de protection des consommateurs et le rejet d'autres options assignant à cette protection des niveaux plus élevés ou moins élevés. Ces choix peuvent avoir des conséquences défavorables imprévues ou, comme il arrive dans des sociétés démocratiques, des changements de majorité politique peuvent se traduire par la perception qu'une décision antérieure a établi un équilibre inapproprié entre les différents intérêts impliqués. Il serait absurde et antidémocratique que le législateur communautaire ne fût pas en mesure de revoir des choix politiques antérieurs faits dans le cadre d'une législation adoptée sur la base de l'article 95 CE afin de refléter des changements intervenus dans l'opinion publique et l'évolution des connaissances ou de remédier aux conséquences défavorables imprévues des mesures d'harmonisation. Même si une mesure d'harmonisation telle que le CRC a prouvé son efficacité à prévenir des distorsions de concurrence et des entraves à la libre circulation, et peut être considérée comme une garantie de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur, il faut que le législateur communautaire reste libre d'adapter une telle mesure en fonction de l'évolution des connaissances ou de préférences politiques[9]. L'objection à l'adoption du règlement sur l'itinérance au motif que le CRC avait déjà prévu l'harmonisation de la matière en cause est donc dépourvue de fondement.

12. Les parties qui mettent en cause la validité du règlement sur l'itinérance ont fait valoir en outre que, dans la mesure où il s'écartait largement de ce qui avait été fixé par le CRC[10], le règlement ne pouvait être considéré comme une modification de celui-ci. Le fait que la modification puisse être incompatible avec la méthode définie dans le CRC ne change rien au fait que c'est une modification. Les modifications peuvent suppléer et compléter une mesure d'harmonisation[11]. Elles peuvent aussi la changer. De fait, la nécessité d'une modification peut naître précisément du fait qu'il était apparu que certaines mesures d'harmonisation ne fonctionnaient pas d'une manière satisfaisante

8 — Arrêt du 8 novembre 2007, Gintec (C-374/05, Rec. p. I-9517, point 29).

9 — Arrêt du 10 décembre 2002, British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco (C-491/01, Rec. p. I-11453, point 80), où la Cour déclare que, «[au] demeurant, l'évolution des connaissances scientifiques n'est pas le seul motif pour lequel le législateur communautaire peut décider d'adapter la législation communautaire puisqu'il lui appartient, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont il dispose en la matière, de tenir compte également d'autres considérations, telles que l'importance accrue accordée au plan politique et social à la lutte contre le tabagisme».

10 — Le CRC envisage une intervention des régulateurs nationaux, en général dans des cas où il est établi qu'un certain opérateur du marché dispose d'une «puissance significative sur un marché». Le règlement sur l'itinérance inclut la fixation de prix à l'échelle communautaire même dans des cas où l'existence de cette puissance de marché significative n'a pas été démontrée.

11 — Voir note 4 ci-dessus.

et qu'il pouvait donc être nécessaire de les modifier d'une manière incompatible avec la méthode originelle[12]. La Cour a expliqué que des mesures harmonisées pouvaient être adaptées à la suite de changements des positions politiques en déclarant, dans le cas de modifications apportées au régime communautaire harmonisé des produits du tabac, que «le législateur communautaire ne peut dans une telle situation s'acquitter correctement de la tâche qui lui incombe de veiller à la protection des intérêts généraux reconnus par le traité […] que s'il lui est loisible d'adapter la législation communautaire pertinente à toute modification des circonstances ou à toute évolution des connaissances»[13]. L'évolution des connaissances peut exiger des modifications qui tranchent avec la méthode adoptée dans la mesure d'harmonisation initiale. Le fait que le règlement sur l'itinérance ait adopté une méthode qui était incompatible avec celle fixée dans le CRC ne veut pas dire qu'il ne puisse être considéré comme une modification apportée à celui-ci. Les limites, non douteuses, de la compétence conférée par l'article 95 CE à la Communauté ne sauraient fonctionner d'une manière qui exige que l'Union adhère à une certaine forme d'harmonisation, alors même qu'une telle harmonisation n'est plus jugée appropriée.

13. D'un autre côté, si le législateur communautaire est libre de revoir, en changeant la législation, les choix politiques concrétisés dans des mesures d'harmonisation adoptées sur la base de l'article 95 CE, il ne saurait se donner à lui-même la compétence de légiférer dans des matières étrangères au champ d'application de l'article 95 CE en se contentant de qualifier de telles mesures de modifications. Une législation portant, par exemple, sur une matière différente de celle visée par la mesure d'harmonisation initiale, telle qu'une modification du CRC qui prétendait, par exemple, établir des quotas de pêche, ne saurait être considérée comme une modification valide[14]. À mon avis, ce serait aussi le cas d'une mesure législative communautaire qui, pour prendre un exemple absurde, interdirait totalement la fourniture de services d'itinérance[15]. La Communauté ne peut pas non plus, en se contentant de qualifier une certaine mesure de modification, légiférer valablement pour harmoniser des matières qui relèvent de la compétence des États membres sans se plier à l'exigence que cette législation démontre qu'elle a pour but d'éliminer les disparités ou disparités potentielles entre les législations nationales qui «sont de nature à entraver les libertés fondamentales ou à créer des distorsions de concurrence»[16].

12 — Voir note 9 ci-dessus, point 80.

13 — Ibidem, point 77.

14 — Cela ne s'applique pas dans la présente affaire. Le pouvoir de fixer des prix maximaux pour les services d'itinérance fait clairement partie du domaine couvert par les mesures d'harmonisation initiales qui étaient centrées sur les services de communication électronique dans les États membres.

15 — La Cour a toutefois admis, dans son arrêt du 14 décembre 2004, Swedish Match (C-210/03, Rec. p. I-11893), qu'une mesure communautaire qui interdisait totalement les échanges d'un certain produit pouvait être prise sur la base de l'article 95 CE pourvu qu'il existe un risque que des législations nationales différentes créent des entraves à ces échanges. Il semble que la Cour admette que le risque d'entraves aux échanges du produit en cause puisse justifier au niveau communautaire une interdiction générale de vente de ce produit. Même si l'on peut se demander dans quelle mesure cette interdiction a toujours un lien quelconque avec les objectifs de l'article 95 CE (une libre circulation limitée peut être préférable à pas de libre circulation du tout aux fins de l'article 95 CE), la présente affaire n'exige pas que la Cour rouvre le débat sur ce point. Ainsi que je le préciserai plus loin, je suis partisan de la thèse selon laquelle la justification, au regard de l'article 95 CE, de l'adoption d'une mesure quelconque (y compris modifiée) n'exige pas, au départ, que des disparités législatives entre les États membres, susceptibles de créer des entraves aux échanges, aient été constatées. Il faut que la mesure apporte sa contribution aux objectifs visés par l'article 95 CE, mais il n'est pas requis qu'elle se limite à ces objectifs.

16 — Affaire Rétention de données, précitée, points 63 et 64.

En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que la modification elle-même soit justifiée par le souci d'éliminer des entraves aux échanges ou des distorsions de concurrence, mais il faut que la mesure, telle que modifiée, continue de servir les fins de l'article 95 CE. Ce n'est cependant pas chose facile que de déterminer la façon dont ces principes trouvent application dans un cas donné.

14. À mon avis, cette détermination impose à la Cour de replacer la modification dans le contexte législatif global, de façon à apprécier s'il reste possible de considérer que la législation (telle que modifiée) favorise l'intégration des marchés et remplit donc les conditions d'application de l'article 95 CE. La modification peut aussi être justifiée si elle est nécessaire pour corriger un certain problème auquel la mesure d'harmonisation initiale empêche les États membres d'apporter une solution efficace.

15. En l'occurrence, un moyen de trouver, pour la législation en cause telle que modifiée, une base fondée sur l'article 95 CE, consisterait à établir l'existence d'un risque de mesures nationales divergentes en matière de contrôle des prix. Un tel risque ne saurait toutefois être apprécié à la lumière de la situation créée par l'adoption du CRC et des limites qu'il impose éventuellement à l'adoption de mesures nationales en matière de contrôle des prix. Dans ce cas, le législateur communautaire se trouverait dans l'impossibilité de modifier toute mesure qui, dans sa forme initiale, éliminerait efficacement des entraves, aux échanges, quand bien même son incidence sur d'autres objectifs politiques pourrait désormais justifier un autre type de réglementation. Ce serait inacceptable pour les raisons que j'ai évoquées ci-dessus: l'adoption de mesures fondées sur l'article 95 CE doit préserver la liberté politique du législateur de choisir parmi tout un ensemble d'options politiques lorsqu'il régule le marché. L'appréciation à effectuer à la lumière de l'article 95 CE ne doit pas viser à rechercher si la modification est nécessaire, au regard de la législation modifiée, afin de prévenir des entraves aux échanges, mais si la législation, telle que modifiée, continuera à servir à prévenir de telles entraves. Il y a lieu, à cette fin, de se demander ce que serait la situation en l'absence de toute réglementation communautaire dans la matière considérée. Il est évident que des entraves potentielles découlant de mesures nationales de contrôle des prix[17] peuvent être exclues soit par l'imposition de limites aux réglementations nationales en matière de prix, soit par une régulation des prix au niveau communautaire. Le fait que le législateur communautaire ait pu choisir au départ la première de ces méthodes pour prévenir des entraves aux échanges n'empêcherait pas de recourir plus tard à une méthode différente si d'autres buts politiques l'exigent. Cela ne veut pas dire que le législateur communautaire ait une totale liberté dans son choix entre deux moyens de protéger les objectifs de l'article 95 CE. Il se peut que ce ne soit pas le cas, à la lumière d'autres règles communautaires, telles que la subsidiarité et la proportionnalité. Il s'agit là

17 — Voir, par exemple, arrêt du 5 décembre 2006, Cipolla e.a. (C-94/04 et C-202/04, Rec. p. I-11421).

cependant d'une question différente de celle qui consiste à déterminer si l'une ou l'autre de ces méthodes est acceptable (dès l'origine ou à la suite d'une modification) en application de l'article 95 CE. La seconde exige seulement l'existence de disparités législatives nationales susceptibles de créer des entraves aux échanges ou des distorsions de concurrence que la mesure communautaire devrait prévenir. Elle n'impose pas de choix réglementaire particulier quant à la manière de les prévenir.

16. Il reste à déterminer, à cet égard, si, en l'occurrence, en l'absence d'une législation communautaire, il y avait vraiment un risque de divergences en matière de mesures nationales de contrôle des prix et si cela était de nature à créer des entraves aux échanges et à justifier l'adoption de mesures communautaires de contrôle des prix. Autrement dit, existait-il, en l'absence du CRC, un risque d'entraves aux services d'itinérance en raison de divergences entre les mesures nationales de contrôle des prix?

17. Le fait que des mesures nationales de contrôle des prix puissent engendrer des restrictions aux échanges est bien établi dans la jurisprudence de la Cour. Si de tels régimes «ne constituent pas en eux-mêmes des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative», ils peuvent «produire un tel effet lorsque les prix se situent à un niveau tel que les produits importés seraient défavorisés par rapport aux produits nationaux identiques» [18]. Dans le contexte de régimes de prix comportant des prix maximaux, cela se produit «lorsque les prix se situent à un niveau tel que l'écoulement des produits importés devient soit impossible, soit plus difficile que celui des produits nationaux» [19]. Ce serait le cas lorsque les prix maximaux sont fixés à un niveau si bas que les fournisseurs étrangers ne peuvent réaliser un profit raisonnable [20], lorsque ces fournisseurs étrangers sont confrontés à des coûts plus élevés qui ne sont pas pris en compte dans la fixation du prix maximal ou lorsque le plafonnement des prix fait obstacle à une rémunération correcte de leurs services de meilleure qualité [21].

18. Cependant, toutes les mesures nationales de contrôle des prix n'ont pas la capacité de

18 — Arrêt du 13 novembre 1986, Edah (80/85 et 159/85, Rec. p. 3359), point 11. Voir aussi arrêts du 26 février 1976, Tasca (65/75, Rec. p. 291); du 24 janvier 1978, Van Tiggele (82/77, Rec. p. 25), et du 7 mai 1991, Commission/Belgique (C-287/89, Rec. p. I-2233, point 17).

19 — Arrêt du 19 mars 1991, Commission/Belgique (C-249/88, Rec. p. I-1275, point 15).

20 — Ibidem, point 17.

21 — Voir points 69 à 75 de mes conclusions dans l'affaire Cipolla et e.a., précitée.

créer des entraves aux échanges et il faut que l'apparition de telles entraves soit vraisemblable[22]. À mon avis, le législateur communautaire n'a pas démontré l'existence d'un tel risque, que ce soit à l'époque de l'adoption de la mesure originelle ou à celle de l'adoption de la modification. De manière paradoxale, l'argument le plus convaincant pour démontrer l'existence de ce risque pourrait être tiré de la thèse des parties demanderesses selon laquelle le CRC, tel qu'arrêté à l'origine par le législateur communautaire, en exigeant une «puissance significative sur un marché» (ci-après la «PSM») avant qu'une intervention régulatrice ex ante ne puisse intervenir, a restreint la capacité des États membres à instituer des contrôles de prix dans le secteur des télécommunications mobiles. Il faudrait en déduire que le CRC réagissait à un risque que la fixation des prix maximaux ou minimaux différents par les autorités nationales dans le secteur des télécommunications mobiles fût de nature à engendrer des entraves et des distorsions de concurrence dans le marché unique. Dans ce cas, le choix auquel le législateur était confronté lorsqu'il a conçu le CRC était de contrer ce danger soit en limitant la capacité des États membres à fixer les prix dans ce secteur, soit en fixant des prix qui fussent valables dans toute l'Union (je n'envisagerai pas ici la question, toute différente, de la conformité de ce choix aux principes de proportionnalité et de subsidiarité). L'une ou l'autre option contribuerait d'une manière efficace au fonctionnement du marché intérieur. En exigeant qu'une PSM soit constatée avant qu'une intervention régulatrice ex ante ne puisse intervenir, le législateur a choisi la première. Le fait que ce choix ait prévenu efficacement l'apparition d'entraves aux échanges et de distorsions de concurrence ne devrait pas s'opposer à l'adoption d'une autre méthode de régulation tant que cette autre méthode préviendrait, elle aussi, les entraves aux échanges et les distorsions de concurrence. Or, en fait, les limites imposées par le CRC à l'intervention régulatrice des États membres ont été formulées dans des termes généraux et elles ne visaient pas spécialement à empêcher des divergences en matière de contrôles de prix nationaux ni n'étaient fondées sur une constatation particulière de l'apparition vraisemblable d'entraves aux échanges et de distorsions de concurrence. Dans ces conditions, je ne pense pas que le risque que d'éventuelles divergences à venir en matière de contrôles de prix nationaux engendrent des entraves aux échanges ait été établi au point de justifier l'adoption de mesures communautaires de contrôle des prix en vertu de l'article 95 CE.

19. Je pense, toutefois, que le législateur communautaire pourrait réglementer les prix de

22 — Arrêts du 12 décembre 2006, Allemagne/Parlement et Conseil (C-380/03, Rec. p. I-11573, point 37); British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco, précité note 9, point 61; Swedish Match, précité note 15, point 30; du 12 juillet 2005, Alliance for Natural Health e.a. (C-154/04 et C-155/04, Rec. p. I-6451, point 29), et Rétention des données, précité note 3, point 64.

l'itinérance sur la base de l'article 95 CE pour une autre raison: supprimer les restrictions à la libre circulation qui découlent de comportements privés qui pénalisent l'activité économique transfrontalière. Les différences de prix entre des appels internes à un État membre et des appels en itinérance peuvent raisonnablement être considérées comme dissuadant le recours à des services transfrontaliers tels que l'itinérance [23]. La méthode choisie par le législateur pour régler le problème des tarifs élevés de l'itinérance consistait en un plafonnement des prix à l'échelle de l'Union. Il faut que cette méthode puisse être justifiée à la lumière des objectifs de l'article 95 CE. Ces objectifs, comme l'indique le texte de cette disposition, sont «l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur» [24], celui-ci étant un «espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité» [25]. La pénalisation des activités transfrontalières a la capacité potentielle d'empêcher l'établissement d'un marché intérieur au sein duquel la libre circulation des biens, des services et des capitaux est garantie en dissuadant les consommateurs de se lancer dans des activités transfrontalières telles que le recours à des services d'itinérance. On ne trouvera peut-être pas, dans le secteur des télécommunications mobiles, d'activité économique qui soit plus clairement transfrontalière que l'itinérance elle-même. Il est légitime de concevoir que le fait d'imposer un plafonnement des prix sur les services d'itinérance va dans le sens de l'établissement d'un marché intérieur en supprimant les entraves aux activités économiques transfrontalières.

20. Même si le fait d'imposer un tel plafond de prix impliquait d'imposer une réglementation à l'échelle de l'Union aux opérateurs privés, à la différence des organismes d'État, l'acceptation d'une telle mesure ne donne pas carte blanche à la Communauté pour user de l'article 95 CE dans le but de réglementer toute activité économique. Le règlement sur l'itinérance représentait une intervention du législateur communautaire qui avait pour fin de contrer non seulement des comportements privés qui produisaient des situations indésirables, mais aussi des comportements privés qui défavorisaient directement une activité économique transfrontalière (l'itinérance) par rapport à une activité économique intra-étatique (l'usage limité au territoire national de services de téléphonie mobile). Des actes, y compris ceux d'opérateurs privés, qui défavorisent directement les activités transfrontalières peuvent très bien être qualifiés d'entraves à l'établissement du marché intérieur. Il va de soi que la plupart des actes privés n'auraient pas la capacité potentielle de restreindre la libre circulation et, en tant que tels, ils ne sauraient justifier en soi l'adoption d'une législation sur la base de l'article 95 CE. C'est seulement dans l'hypothèse où les actes des opérateurs privés incluent directement une activité transfrontalière, et que ces actes seraient susceptibles de restreindre réellement cette activité transfrontalière et la libre circulation, qu'une intervention de la Communauté pour réglementer de tels actes pourrait être fondée sur l'article 95 CE.

23 — Ainsi que je l'ai relevé dans plusieurs conclusions et, très récemment, dans celles rendues le 22 avril 2009 dans l'affaire ČEZ, C-115/08, affaire pendante devant la Cour, point 12, le fait de traiter des situation transfrontalières d'une manière moins favorable que des situations purement internes peut constituer une entrave à des droits de libre circulation dont le marché intérieur est tributaire.

24 — Article 95 CE.

25 — Article 14 CE.

21. À cet égard, je demande simplement à la Cour de tirer les conséquences logiques de sa jurisprudence sur l'application horizontale des règles relatives à la libre circulation à son analyse de l'article 95 CE. La Cour a reconnu, dans ce dernier contexte, que, dans certains cas, les actes des particuliers pouvaient constituer des restrictions à la libre circulation. C'était le cas, par exemple, dans les affaires International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union[26] et Laval un Partneri[27], qui concernaient des actes entrepris par des syndicats qui avaient empêché un armateur de faire réimmatriculer son navire dans un autre État et une entreprise du bâtiment de fournir des services dans un autre État. Les actions des syndicats interféraient directement avec la liberté d'établissement et la libre prestation de services, et la Cour a considéré que les règles de libre circulation s'appliquaient directement aux syndicats malgré leur statut de particuliers. En parvenant à cette conclusion, la Cour s'est référée à des affaires antérieures reconnaissant que des actes de protestation privés pouvaient avoir un impact direct sur la libre circulation de marchandises lorsqu'ils empêchaient le transport de ces marchandises[28]. L'article 95 CE fournit au législateur communautaire une base qui lui permet d'agir, dans des cas où il ne suffit pas de s'assurer que les institutions d'État ne prennent pas d'initiatives qui compromettent les libertés fondamentales, afin de garantir le fonctionnement du marché intérieur[29]. Il n'est donc que naturel que l'article 95 CE permette d'atteindre ces restrictions à la libre circulation.

22. Il est notoire que la Cour a établi, par exemple, que certaines règles des clubs de football qui régissaient, entre autres, le transfert transfrontalier de joueurs, restreignaient la libre circulation des travailleurs. Il me semble clair que cela justifierait non seulement une interdiction communautaire de telles règles mais aussi l'adoption de normes communautaires sur la base de l'article 95 CE[30]. Si la Communauté est en droit d'interdire un certain comportement de la part d'une personne privée, elle doit être aussi compétente dès lors qu'il s'agit seulement de réglementer

26 — Arrêt du 11 décembre 2007 (C-438/05, Rec. p. I-10779).

27 — Arrêt du 18 décembre 2007 (C-341/05, Rec. p. I-11767).

28 — Voir, également, arrêts du 9 décembre 1997, Commission/France (C-265/95, Rec. p. I-6959), et du 12 juin 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659).

29 — Sur ce point, voir von Bogdany et A., Bast, «The Vertical Order of Competences», dans *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006. Voir aussi Somek, Individualism, Oxford University Press, 2008, p. 128, qui soutient, non sans s'exposer à la critique, que la jurisprudence récente de la Cour sur l'article 95 «reconnaît que les libertés fondamentales et le pouvoir législatif de l'Union servent un seul et même but». Voir aussi Weiler, I., «*The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods*», Craig, et Búrca, G., *The Evolution of EU Law* (Oxford, Hart Publishing, 1999). Je ne me fais toutefois pas l'avocat d'un parallélisme aussi strict. Ce que je soutiens, c'est que, tout au moins dans certains cas, les raisons d'appliquer les règles de la libre circulation peuvent valoir aussi pour l'article 95.

30 — La question de savoir de quelle manière et dans quel but cette compétence devrait être utilisée est une question différente, sur laquelle la Cour n'est pas tenue de se prononcer dans la présente affaire.

ce comportement. Cela n'impliquerait pas de donner compétence à la Communauté pour régir la totalité des actes de ces parties privées. Une telle compétence ne se présenterait que si ces actes, comme indiqué ci-dessus et en parallèle avec la portée de l'application horizontale des règles de libre circulation, impliquaient directement une activité transfrontalière et qu'ils fussent en mesure de restreindre réellement cette activité transfrontalière ainsi que la libre circulation. En revanche, des mesures telles que des tentatives de réglementer les prix des bagages ou des repas au restaurant, par exemple, n'obligeraient pas à pallier un traitement défavorable direct d'une activité économique transfrontalière et ne permettraient donc pas de démontrer le degré d'incidence sur la libre circulation et l'établissement du marché intérieur nécessaire pour établir la compétence législative conférée à la Communauté par l'article 95 CE.

23. De même que les conditions d'application des règles de libre circulation à des particuliers sont plus strictes que celles qui s'appliquent lorsqu'il s'agit d'organismes d'État, la législation communautaire adoptée sur la base de l'article 95 CE pour réglementer les comportements de particuliers qui affectent l'établissement du marché intérieur doit remplir des conditions particulières. Il faut, comme c'est le cas ici, que ces comportements pénalisent directement une activité transfrontalière. Dès lors que les comportements de particuliers restreignent effectivement une activité transfrontalière, la Communauté devrait pouvoir les réglementer.

24. Il se peut que la position que je défends ici soit encore plus claire si elle est caractérisée comme incluant aussi une action (ou une inaction) de la part de l'État. On pourrait dire que c'est l'«acceptation» par les États de pratiques de prix discriminatoires[31] entre l'itinérance et les appels nationaux par les opérateurs qui limite la téléphonie mobile transfrontalière. Dans cette optique, l'intervention de la Communauté sur la base de l'article 95 CE pourrait être justifiée au motif que les règles nationales n'empêchaient pas le traitement discriminatoire à l'égard de la téléphonie mobile transfrontalière.

25. Je n'ai plus d'autres observations sur la question de la base juridique. Ainsi que je l'ai dit ci-dessus, la modification peut aussi être justifiée si elle est nécessaire pour remédier à un certain problème que la mesure d'harmonisation initiale empêche les États membres de traiter de manière efficace. Ainsi qu'il ressort tant des observations de Vodafone que des points quatrième et neuvième des considérants du règlement sur l'itinérance, le cadre réglementaire mis en place par le CRC ne prévoyait d'intervention ex ante des régulateurs nationaux qu'en cas de constatation d'une PSM de la part de certains opérateurs du marché. En conséquence, à défaut d'une telle constatation, l'intervention des régulateurs nationaux n'était pas possible dans le système existant. Étant donné que

31 — Les mots «prix discriminatoires» sont à utiliser avec précaution dans le présent contexte, pour plusieurs raisons, dont la moindre n'est pas le fait qu'il peut exister des justifications légitimes à des différences de prix entre les appels en itinérance et les appels nationaux. Ce qui apparaît clairement, c'est que l'on ne voit pas bien la justification des différences de prix existantes et que c'était la raison de l'intervention de la Communauté.

la Commission des Communautés européennes[32] et le Groupe des régulateurs européens (GRE)[33] avaient établi que les coûts des services d'itinérance était excessifs, même sur des marchés dont il n'avait pas été constaté qu'ils fussent sous l'emprise d'une PSM, le CRC représentait en lui-même un obstacle à la capacité des régulateurs nationaux ou communautaire à établir un cadre de régulation qui provoquerait une baisse des charges des services d'itinérance. Ayant identifié les failles du marché et les coûts sociaux existants dans le contexte du régime de régulation harmonisé et découlant en fait de ce régime, le législateur communautaire doit, pour les raisons notées ci-dessus, que la Cour a dégagées dans les affaires Gintec et British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco[34], avoir le pouvoir de remédier à cette situation et de créer des compétences aux niveaux tant national que communautaire pour modifier un cadre de régulation dont il jugerait le fonctionnement inefficace.

26. La Communauté a donc le pouvoir de s'attaquer au problème des prix élevés des services d'itinérance en modifiant le CRC. Néanmoins, comme je l'ai noté ci-dessus, il convient de faire une distinction entre le pouvoir de réglementer, d'une part, et les questions de l'intensité de la réglementation et du niveau auquel elle est effectuée, d'autre part. Le fait qu'une législation ait été adoptée sur la base de l'article 95 CE sous la forme d'une modification d'une partie antérieure d'une législation d'harmonisation ne la dispense pas de respecter les contraintes, inhérentes à cet article, qui pèsent sur la compétence de la Communauté, ainsi que les principes généraux du droit communautaire. Les limitations à l'emploi de l'article 95 CE comme base juridique comprennent la condition que le pouvoir conféré à la Communauté par cette disposition soit exercé d'une manière proportionnée aux objectifs recherchés et qui soit justifiée à la lumière du principe de proportionnalité.

B — *Subsidiarité*

27. La décision prise par le législateur communautaire de fixer des prix maximaux à l'échelle de la Communauté au niveau tant du commerce de gros que du commerce de détail soulève de graves questions quant au principe de subsidiarité. Dans le cas des prix de gros, il est aisé de voir pourquoi une intervention au niveau de la Communauté s'imposait. Les prix de gros sont fixés par des fournisseurs extérieurs à l'État membre du consommateur. En conséquence, le régulateur du propre État membre du consommateur sera dans l'incapacité de prendre des mesures contre les fournisseurs qui, dans l'État visité par le

32 — Voir COM(2006) 382 final 2006/0133 (COD), Bruxelles, 12 juillet 2006.

33 — Réponse du 22 mars 2006 à l'invitation de la Commission à présenter des observations sur sa proposition de règlement sur le marché international de l'itinérance.

34 — Arrêts Gintec, précité note 8, et British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco, précité note 9.

consommateur, imposent des prix excessifs au réseau local de l'État du consommateur. De plus, rien n'incite les régulateurs nationaux à contrôler les prix de gros imposés à des fournisseurs étrangers et aux clients desdits fournisseurs.

28. La régulation des prix de détail est un peu plus problématique. Dès lors que des prix de gros maximaux ont été fixés et que l'exigence de la constatation d'une PSM avant l'intervention du régulateur a été supprimée, la Communauté aurait pu donner aux régulateurs nationaux le pouvoir de fixer des prix de détail maximaux pour les services d'itinérance s'ils avaient le sentiment que les prix de détail facturés par les fournisseurs sur leur territoire étaient excessifs. Le règlement sur l'itinérance a opté à la place pour la fixation d'un plafond de prix de détail à l'échelle de la Communauté. Une telle décision de réglementer un secteur au niveau communautaire plutôt que national exige une justification au regard de l'attachement de l'ordre juridique communautaire au principe de subsidiarité. Ce principe, institué par l'article 5 CE, prévoit que la Communauté n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et qu'ils peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. En d'autres termes, il faudra qu'il soit établi que le législateur communautaire était mieux placé que le législateur national pour réglementer les prix de détail des services d'itinérance. Si, dans le cas des prix de gros, il est clair qu'il existait un problème de pratiques concertées qui exigeaient une intervention de la Communauté, cela ne semble pas évident en ce qui concerne les prix de détail (une fois que les prix de gros ont été fixés au niveau communautaire, les États membres pourraient, en principe, fixer, librement et de manière efficace, des prix de détail nationaux). Pourrait-il exister un autre problème qui handicape les États membres dans leur capacité de régler le problème des coûts élevés de l'itinérance au niveau du commerce de détail?

29. La justification principale du règlement sur l'itinérance était que ses objectifs, qui étaient d'assurer aux consommateurs une protection adéquate et d'éviter qu'ils n'aient à payer des prix excessifs, «ne [pouvaient] pas être réalisés de manière suffisante par les États membres de manière sûre et harmonisée et en temps voulu, et [pouvaient] donc être mieux réalisés au niveau communautaire» [35].

30. Le Conseil soutient que le principe de subsidiarité est fondamentalement un principe subjectif et politique[36]. Suivant ce raisonnement, le Conseil souligne l'intention du législateur communautaire et affirme que l'objectif poursuivi était, selon les termes

35 — Règlement sur l'itinérance, trente-huitième considérant.

36 — Sur cette question, voir von Bogdandy, A., et Bast, J., ouvrage précité note 29.

mêmes des considérants du règlement, d'instaurer une «approche commune pour faire en sorte que les usagers des réseaux publics de téléphonie mobile terrestre qui voyagent à l'intérieur de la Communauté ne paient pas un prix excessif pour les services d'itinérance communautaire lorsqu'ils passent ou reçoivent des communications vocales et pour atteindre ainsi un degré élevé de protection des consommateurs tout en préservant la concurrence entre opérateurs de réseau mobile ainsi qu'en préservant les incitations à l'innovation et le choix des consommateurs»[37]. À mon avis, ni les objectifs du règlement ni l'intention du législateur ne sont décisifs pour garantir le respect du principe de subsidiarité. D'abord, l'appréciation à effectuer au regard du principe de subsidiarité ne porte pas sur l'objectif poursuivi, mais sur la nécessité d'une action de la Communauté pour atteindre cet objectif. Certains objectifs de la Communauté (qui justifient en soi l'existence d'une compétence communautaire) peuvent être mieux réalisés par les États membres (avec la conséquence que l'exercice de cette compétence ne se justifie pas). Ensuite, l'intention du législateur communautaire ne suffit pas à démontrer que le principe de subsidiarité a été respecté. Celui-ci exige que la nécessité d'une intervention de la Communauté puisse être raisonnablement envisagée[38]. Il faut autre chose que se contenter de mettre en évidence les avantages découlant éventuellement de l'intervention de la Communauté. Cela suppose également de procéder à une évaluation des problèmes ou des coûts éventuels si la question était laissée aux États membres. En posant ces principes, la Cour ne substitue pas son jugement à celui du législateur communautaire, mais impose seulement à celui-ci de prendre la subsidiarité au sérieux.

31. Si, ainsi qu'on l'a dit, il y avait des pratiques concertées manifestes qui justifiaient que la Communauté intervînt au niveau des prix de gros, il ne semble pas que l'on perçoive tout de suite un argument convaincant en faveur de l'harmonisation des prix de détail. Au contraire, ainsi que l'expliquent les parties demanderesses, il semblerait que les autorités nationales de régulation soient en meilleure position pour se prononcer sur la nécessité de contrôles des prix (et, le cas échéant, à quel niveau) sur les divers marchés nationaux. Dans ses observations écrites, la Commission soutient cependant que, si cette question avait été laissée à l'appréciation des États membres, cela eût engendré des distorsions de concurrence, parce que les divers opérateurs de téléphonie mobile seraient soumis, dans les différents États membres, à des plafonds de prix différents. Cet argument

37 — Règlement sur l'itinérance, seizième considérant.

38 — Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne soulignent dans leurs observations que la décision de légiférer au niveau communautaire était soutenue par les États membres par l'intermédiaire du GRE. On peut soutenir que plus la nécessité d'une intervention de la Communauté est contestée, plus lourde est la charge qui pèse sur le législateur communautaire pour justifier cette action. D'un autre côté, même le soutien unanime de tous les États membres au Conseil ne devrait pas être considéré comme décisif dans l'appréciation de l'existence d'une compétence de la Communauté et de l'exercice de cette compétence. Il convient de rappeler que les États membres sont représentés au Conseil par leurs gouvernements nationaux. C'est pourquoi l'exercice d'une compétence donnée au niveau communautaire a une incidence sur l'équilibre des pouvoirs au sein des États membres et sur leurs mécanismes de responsabilité politique. L'interprétation et l'application des règles de compétence doivent prêter une même attention à tous ces intérêts.

ne tient pas. Dans la presque totalité des secteurs, il existe des différences de prix entre les États membres. Ces différences de prix peuvent induire, ou ne pas induire, des avantages concurrentiels en faveur des opérateurs économiques de certains États membres. Comme dans de nombreux autres domaines, cela peut signifier simplement que les prix ne sont pas les mêmes selon les États membres. À cet égard, il ne semble pas y avoir de différence nette par rapport au marché des appels nationaux où les opérateurs économiques peuvent aussi être confrontés à des plafonds de prix différents. De plus, il ne faut pas qualifier automatiquement tout avantage concurrentiel de distorsion de la concurrence. Le législateur communautaire devrait développer une argumentation à l'appui d'une telle thèse, et il n'y parviendrait pas [39].

32. D'un autre côté, eu égard au fait que le règlement sur l'itinérance devait expirer trois ans après son adoption, l'argument selon lequel il fallait imposer en temps utile des taux maximaux afin de garantir que les objectifs du règlement seraient atteints est de quelque poids. Il est lié à des considérations d'efficacité législative. À la lumière de la nécessité d'une intervention de la Communauté au niveau des prix de gros, il serait loisible de soutenir qu'il est en même temps plus expédient et plus approprié de réglementer simultanément les prix de détail. Les prix de gros pourraient être fixés à la lumière des prix de détail envisagés et inversement, et les consommateurs pourraient voir immédiatement les effets de l'intervention de la Communauté.

33. L'argument décisif découle toutefois de la nature transfrontalière de l'activité économique qu'il s'agit de réglementer. Même s'il n'y a pas forcément de problème suffisamment important de pratiques concertées au niveau des prix de détail, il est légitime de penser que la Communauté est mieux placée que les États membres pour remédier au problème des prix de détail de l'itinérance. Du fait du caractère transnational de l'activité en cause (l'itinérance), la Communauté peut, à la fois, avoir davantage de volonté de résoudre le problème et être mieux placée pour mettre en balance tous les coûts et tous les avantages de l'action envisagée pour le marché intérieur.

34. C'est la nature transfrontalière de l'activité économique elle-même qui fait que le législateur communautaire est peut-être plus apte que le législateur national pour la réguler même au niveau des prix de détail. Comme il s'agissait de justifier des droits découlant

39 — Il ne faut pas confondre tous ces points avec le fait, noté ci-dessus, que les plafonnements de prix peuvent engendrer des restrictions d'accès aux marchés nationaux. L'argument relatif à la distorsion de concurrence concerne la concurrence sur le même marché, avec des règles différentes en matière de prix, et non le fait qu'il est possible, en imposant certains plafonds de prix sur un marché national, d'empêcher une concurrence efficace de la part de concurrents non nationaux (eu égard à la qualité supérieure ou aux prix moindres qu'ils pourraient éventuellement proposer en l'absence du plafonnement de prix en question).

du droit communautaire, le législateur communautaire a pu conclure avec quelque raison que les autorités nationales de régulation n'avaient peut-être pas attaché à ces droits le degré de priorité que le législateur communautaire jugeait nécessaire. En fait, ainsi qu'il a été expliqué par différentes parties dans leurs plaidoiries et à l'audience, les prix des services d'itinérance sont souvent fixés par des opérateurs de téléphonie mobile dans le cadre d'un paquet incluant d'autres services tels que les communications nationales. De surcroît, l'itinérance représente une faible partie de ces services et la demande d'itinérance est moindre que celle de communications nationales[40]. On pourrait s'attendre à ce que, au moment de réguler ce marché, les régulateurs nationaux mettent l'accent sur les coûts, et d'autres aspects, des communications nationales, plutôt que sur les prix de l'itinérance. C'est la Communauté qui, en raison de la nature transfrontalière de l'itinérance, a un intérêt spécial à protéger cette activité économique et à la promouvoir. C'est le type même de situation dans laquelle il y a lieu de s'attendre à ce que le processus démocratique au sein des États membres ne parvienne pas à protéger une activité transfrontalière[41]. Dans ces conditions, l'intervention du législateur communautaire peut se comprendre.

35. Le législateur communautaire laisse entendre, au fond, que la question des prix de détail ne pouvait pas être réglée au niveau national, puisque l'introduction d'un contrôle efficace des prix de détail par les 27 régulateurs nationaux aurait pu prendre trop de temps. Même si cela n'est pas indiqué dans les considérants, il serait aussi loisible de soutenir que le retard pris par les régulateurs nationaux serait indéterminé. Il est bien possible que les régulateurs nationaux n'aient pas mis le même accent sur la question des coûts de l'itinérance que sur celle des coûts des communications nationales. Étant donné que le règlement sur l'itinérance met cet accent dans le but de faciliter les activités transfrontalières et d'aider le marché intérieur à fonctionner en rendant plus aisée la jouissance des droits de libre circulation garantis par le droit communautaire et en les protégeant d'une manière adéquate, il convenait d'agir au niveau communautaire afin de s'assurer que ces droits se voient accorder la nécessaire priorité.

40 — Voir, à titre d'exemple, la Common Position on the Coordinated Analysis of the Markets for Wholesale International Roaming du GRE, juin 2005, point 59 (traitant de la demande), ainsi que la réponse du GRE à l'invitation de la Commission à commenter son projet de règlement sur le marché de l'itinérance international, 22 mars 2006, points 3.10 et 3.11 (traitant de la possibilité que des économies sur les charges d'itinérance au niveau du commerce de gros servent à réduire le coût des services nationaux).

41 — Plusieurs commentateurs ont émis la thèse selon laquelle l'Union tirait sa légitimité démocratique pour partie de sa capacité à protéger les opérateurs mobiles dont les intérêts ne seraient pas suffisamment représentés dans des processus démocratiques au sein de chaque État membre. Voir, plus récemment, Somek, A., «The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement», *U. Iowa Legal Studies Resarch Paper* n° 09-23, mai 2009.

36. Enfin, comme le relève le Conseil, la fixation d'un plafond de prix permet de

tenir compte de variations nationales dans la détermination de prix inférieurs à ce niveau. Ainsi la réglementation communautaire laisse-t-elle encore un peu de marge à l'intervention des États membres. À la lumière de l'ensemble de ces considérations, on ne saurait faire grief à la législation communautaire de violer le principe de subsidiarité.

C — *Proportionnalité*

37. Pour ce qui est de la question de la proportionnalité, la Cour doit apprécier si la décision du législateur sur la manière de régler le problème des prix élevés de l'itinérance était proportionnée en ce qui concerne tant les objectifs de l'article 95 CE sur l'établissement du marché intérieur que l'objectif politique de protection du consommateur mis en regard de la perte d'autonomie des États membres et de l'interférence dans les droits des demandeurs.

38. Les parties qui contestent la validité du règlement sur l'itinérance ont soutenu que, en établissant un plafond de prix à l'échelle de l'Union, le législateur communautaire est allé au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre le but d'une baisse des prix des services d'itinérance et que, ce faisant, il a interféré de manière injustifiable avec le droit de propriété des demandeurs et leur droit d'entreprendre une activité commerciale. Ainsi qu'elle l'a déclaré dans sa jurisprudence à maintes occasions, la Cour est tenue de laisser au législateur une marge d'appréciation. Partant, dans ce domaine, en principe, «le contrôle juridictionnel de l'exercice de [la] compétence [du législateur] doit se limiter à examiner s'il n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'un détournement de pouvoir ou si le législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation»[42]. Il est vrai que les contrôles de prix sont l'une des formes les plus intrusives d'intervention sur le marché et qu'elles représentent une limitation particulièrement forte des droits de propriété et de la liberté de prendre des initiatives économiques. Le législateur ne saurait donc prendre à la légère la décision d'adopter de tels contrôles. Il ne semble pas cependant que le législateur communautaire l'ait fait en l'occurrence.

39. Premièrement, il semble que le législateur communautaire ait décidé d'intervenir en dernier ressort. Le rapport d'analyse des incidences énumère les mesures prises par la Commission dans le but d'essayer de réduire les prix de détail de l'itinérance, telles qu'enquêtes fondées sur le droit de la concurrence, action régulatrice en vertu du cadre antérieur et pressions politiques[43]. La Commission a délivré des avertissements prévenant que des mesures de régulation allaient suivre si les

42 — Arrêt du 2 avril 1998, Norbrook Laboratories (C-127/95, Rec. p. I-1531, points 89 et 90).

43 — Analyse de l'impact des choix politiques en rapport avec une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté [COM(2006) 382 final, 12 juillet 2006, p. 27].

prix ne «se rapprochaient pas substantiellement du niveau dicté par le marché», mais sans résultat[44]. Elle a aussi rassemblé des informations étendues sur les prix de l'itinérance, montrant que «les tarifs de détail [pour l'itinérance] étaient très élevés sans que cela n'ait été clairement justifié», que des «marges élevées de détail [étaient] pratiquées» et que «les réductions de tarifs de gros n'étaient souvent pas répercutées» sur les consommateurs[45]. Elle a constaté que des opérateurs avaient réalisé des marges bénéficiaires de plus de 200 % pour des appels envoyés en itinérance et de près de 300 ou 400 % pour des appels reçus en itinérance[46], et aussi que les prix variaient grandement d'une manière que les coûts sous-jacents ne parvenaient pas à expliquer. Elle a conclu, d'après les informations dont elle disposait, que les prix de détail de l'itinérance «n'avaient pas de rapport logique avec les coûts sous-jacents de la fourniture du service»[47] et qu'il n'y avait pas de raison de croire que des baisses des prix de gros entraîneraient des baisses des prix de détail[48].

40. La méthode régulatrice adoptée ne semble pas non plus déraisonnable à la lumière des éléments contradictoires présentés par les parties sur le point de savoir si le type d'intervention retenu par le législateur communautaire était nécessaire. Par exemple, les parties qui défendent la validité du règlement ont mis en exergue des conclusions du GRE, dont il ressortait que les prix des services d'itinérance étaient excessifs et que le contrôle des prix de détail pouvait être nécessaire si les forces du marché ne suffisaient pas à garantir des baisses de prix[49]. Vodafone a noté, quant à lui, que le même groupe faisait valoir que, au départ, il faudrait adopter une méthode flexible qui tienne compte des circonstances nationales[50]. Cependant, le législateur communautaire n'est pas tenu de retenir tous les avis de tels groupes d'experts. Le GRE a déclaré qu'il y avait des marges de détail élevées[51] et que des baisses des prix de gros devraient vraisemblablement être répercutées sur les usagers à titre de rabais sur la facturation des services nationaux[52], solution qui, ainsi que je l'ai mentionné dans la discussion ci-dessus sur le choix de la réglementation nationale, ne justifierait pas les prérogatives dérivées du droit communautaire qui sont en cause ici. Il continuerait d'y avoir une «discrimination» à l'égard des communications transfrontières. De plus, le GRE n'a fait que suggérer que le législateur communautaire attende pour voir si les forces du marché allaient tirer les prix de détail vers le bas. Compte tenu des nombreux éléments qui indiquaient que des baisses des prix de gros ne seraient pas répercutées sur les consommateurs[53], il n'était pas exigé

44 — Remarques de Viviane Reding au GRE, «Towards a True Internal Market for Electronic Communications», Paris, 8 février 2006, p. 5; voir aussi analyse citée note 43.

45 — Analyse citée note 43, p. 22.

46 — Ibidem, p. 6 et 47.

47 — Ibidem, p. 17.

48 — Ibidem, p. 48.

49 — Réponse du GRE du 22 mars 2006, précitée note 33, p. 1 et 2.

50 — Ibidem, p. 2.

51 — Ibidem, point 2.6.

52 — Ibidem, points 3.10 et 3.11.

53 — Voir, par exemple, l'analyse d'impact précitée, point 45. GSM soutient que l'analyse de l'impact normatif n'a pas tenu suffisamment compte des récentes baisses des prix de détail. Toutefois, cette analyse a relevé que des baisses importantes de prix avaient été annoncées, mais que Vodafone, T-Mobile, Telefonica 02 et Orange avaient annoncé ces baisses au cours de la dernière semaine de la consultation en vue de l'analyse d'impact, et conclu que ces baisses visaient à répondre à une menace de réglementation plutôt qu'aux forces du marché. Analyse d'impact, p. 10 et 27. De plus, la réduction des prix de détail était limitée compte tenu de marges bénéficiaires allant jusqu'à 400 %, ainsi qu'il est noté au premier considérant de la directive.

du législateur communautaire qu'il adoptât une telle méthode attentiste. Ainsi que l'a soutenu la Commission, et que l'a reconnu le GRE lui-même, le bon «timing» était un élément important à prendre en compte et, en gardant cela présent à l'esprit, en sus de la constatation claire que les prix facturés pour l'itinérance étaient excessifs, la décision de réglementer les prix de détail relevait de la gamme d'options qui s'ouvraient raisonnablement au législateur.

41. De plus, l'usage des contrôles de prix par le législateur communautaire ne vise pas à réglementer à long terme les prix du marché, mais plutôt à essayer de baisser les prix (et, éventuellement, à susciter une concurrence effective sur le marché) en réponse à des prix artificiellement groupés à cause d'une défaillance du marché à laquelle les règles de concurrence n'étaient pas en état de remédier. Cela ressort des cinquième, sixième et neuvième considérants du règlement sur l'itinérance, où il est question de la lutte du GRE pour régler le problème des prix élevés par le biais des règles de concurrence actuelles, ainsi que du vingt-huitième considérant, qui souligne que le règlement doit encourager des offres innovantes à l'intention des abonnés itinérants, à des tarifs inférieurs aux tarifs maximaux autorisés. En limitant la durée de vie du règlement à trois ans, le législateur communautaire a également limité l'ampleur de l'intrusion de ces contrôles dans le marché et permis de donner au marché une «seconde chance» de remédier à cette défaillance.

42. Si les contrôles de prix devraient toujours faire l'objet d'un examen attentif, en raison de leur incidence extrême sur le marché, la durée limitée de ces contrôles et leur but, qui est de remédier à une défaillance du marché, ce que les règles de concurrence n'étaient pas en mesure de faire, les rendent plus facilement acceptables en l'occurrence. De plus, l'existence d'une clause d'échéance en réduit l'impact sur les droits des opérateurs économiques. De telles clauses garantissent que le législateur communautaire soumettra à une réévaluation périodique ses interventions dans des domaines qui, telle l'itinérance, subissent des changements sociaux et économiques rapides[54]. Si le législateur communautaire en venait à étendre les contrôles de prix, ou à les rendre permanents, il faudrait que

54 — La nécessité d'une révision périodique des choix du législateur communautaire concernant ce marché en développement rapide apparaît dans la directive-cadre elle-même. Il est dit, au vingt-septième considérant de la directive 2002/21/CE, traitant des obligations réglementaires ex ante visant à garantir le développement de marchés de communication compétitifs, que «[la] Commission devrait réexaminer ces lignes directrices régulièrement afin de s'assurer qu'elles sont toujours adaptées à un marché en évolution rapide».

cette décision fût, elle aussi, proportionnée et que des motifs justificatifs supplémentaires fussent avancés.

43. Vodafone a aussi relevé que, à la suite de l'adoption du règlement sur l'itinérance, les prix des services d'itinérance s'étaient regroupés aux alentours du plafond et a affirmé que cela montrait que ledit règlement avait étouffé la concurrence par les prix dans ce secteur. On peut néanmoins tout aussi bien considérer que ce type de regroupement des prix est révélateur d'une absence de concurrence en matière d'itinérance, et en conclure que les prix élevés se seraient maintenus à leur niveau antérieur si le législateur n'était pas intervenu. Donc, on ne saurait, à la lumière de tous ces éléments, déclarer que le choix du législateur était manifestement erroné et qu'il comportait par conséquent une interférence injustifiable dans les droits des demandeurs.

44. Une analyse de la proportionnalité exige aussi que la Cour se demande si la capacité plus grande de la Communauté à atteindre les buts recherchés par la législation en cause est de nature à justifier la perte d'autonomie de l'État membre qu'implique la méthode choisie par le législateur[55]. Les parties sont plutôt avares d'observations sur ce point. Il est clair que la fixation d'un prix maximal communautaire réduit effectivement l'autonomie des organes régulateurs des États membres. Cependant, vu le soutien quasi unanime accordé par les institutions des États membres concernés à l'adoption du règlement en cause, cet argument perd un peu de sa force et, à la lumière du champ d'application limité des règles concernées (les services d'itinérance), de la marge d'appréciation que la Cour reconnaît au législateur dans ces matières et de l'absence de toute argumentation circonstanciée en faveur de la thèse contraire de la part des demandeurs, on ne saurait soutenir que le règlement sur l'itinérance est disproportionné de ce point de vue.

55 — Bien que les récents arrêts de la Cour aient mis l'accent sur la proportionnalité de la législation communautaire à la lumière de ses objectifs fondamentaux, comme dans l'affaire Swedish Match, précitée note 15, il convient aussi d'examiner la proportionnalité à la lumière de l'impact sur l'autonomie des États membres. Voir sur ce point Kumm M., «Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union», *European Law Journal*, vol. 12, n° 4, juillet 2006, p. 522 à 524. L'avocat général Fennelly a également soutenu, même si c'était sur une base différente, que, à la différence des objectifs du marché intérieur, les objectifs de fond tels que la promotion de la santé ne pouvaient, à eux seuls, servir à satisfaire le critère de proportionnalité (point 149 des conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'affaire Allemagne/Parlement européen et Conseil, arrêt du 5 octobre 2000, précité).

II — Conclusion

45. À la lumière des développements qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre à la juridiction de renvoi ce qui suit:

«L'examen des questions présentées par la High Court of Justice (England and Wales), Queeen's Bench Division (Administrative Court) n'a révélé aucun élément qui fût de nature à affecter la validité du règlement (CE) nº 717/2007, du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2007, concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive 2002/21/CE.»