Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PAOLO MENGOZZI
présentées le 28 avril 2016 [1]

Affaire C-28/15

Koninklijke KPN NV,
KPN BV,
T-Mobile Netherlands BV,
Vodafone Libertel BV,
Tele2 Nederland BV,
Ziggo BV,
Ziggo Services BV, anciennement UPC Nederland BV,
Ziggo Zakelijk Services BV, anciennement UPC Business BV,
contre
Autoriteit Consument en Markt (ACM)

[demande de décision préjudicielle formée par le College van Beroep voor het bedrijfsleven (cour d'appel du contentieux administratif en matière économique, Pays-Bas)]

«Renvoi préjudiciel — Cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques — Directive 2002/19/CE — Articles 8 et 13 — Directive 2002/21/CE — Articles 4, 8 et 19 — Recommandation 2009/396/CE — Portée juridique — Contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts — Tarifs des services de terminaison d'appels fixe et mobile — Obligations imposées par une autorité réglementaire nationale (ARN) à des opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché — Étendue du contrôle juridictionnel sur les appréciations d'ordre économique d'une ARN»

I – Introduction

1. Saisie d'un recours contre une décision d'une autorité réglementaire nationale (ARN) fixant des plafonds tarifaires pour les services de terminaison d'appels fixe et mobile prestés par des opérateurs identifiés comme disposant d'une puissance significative sur le marché, une juridiction nationale est-elle habilitée, et sur la base de quels types de considérations, à s'écarter d'une recommandation de la Commission européenne appliquée par cette ARN ? Dans l'affirmative, cette juridiction nationale est-elle notamment autorisée à contrôler le caractère proportionné de la mesure tarifaire imposée par l'ARN au regard des objectifs poursuivis par le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques et peut-elle exiger de l'ARN qu'elle démontre de manière suffisante que la mesure tarifaire en question permet de réaliser effectivement les objectifs poursuivis ?

2. Tel est, en substance, l'objet des deux questions déférées par le College van Beroep voor het bedrijfsleven (cour d'appel du contentieux administratif en matière économique, Pays-Bas) dans le contexte de l'interprétation de l'article 4, paragraphe 1, et de l'article 8 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour

1 — Langue originale : le français.

les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »)[2], telle que modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009[3] (ci-après la « directive-cadre »), ainsi que des articles 8 et 13 de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »)[4], telle que modifiée par la directive 2009/140 (ci-après la « directive "accès" »).

3. Ces questions sont soulevées dans le cadre d'un litige qui oppose plusieurs opérateurs de télécommunications néerlandais, dont Koninklijke KPN NV, à l'Autoriteit Consument en Markt (ACM) (Autorité des consommateurs et des marchés, Pays-Bas) au sujet de la décision de cette dernière de fixer des plafonds tarifaires pour les services de terminaison d'appels fixe et mobile prestés par lesdits opérateurs, en se fondant sur le modèle de calcul des coûts décrit et préconisé dans la recommandation 2009/396/CE de la Commission, du 7 mai 2009, sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE[5].

II – Cadre juridique

A – *Droit de l'Union*

1. Directive-cadre

4. L'article 4 de la directive-cadre, intitulé « Droit de recours », énonce :

« 1. Les États membres veillent à ce que des mécanismes efficaces permettent, au niveau national, à tout utilisateur ou à toute entreprise qui fournit des réseaux et/ou des services de communications électroniques, et qui est affecté(e) par une décision prise par une [ARN], d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. Cet organisme, qui peut être un tribunal, dispose des compétences appropriées pour être à même d'exercer ses fonctions efficacement. Les États membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace.

[...] »

5. L'article 7 de la directive-cadre prévoit ce qui suit :

« […]

3. […] dans les cas où une [ARN] a l'intention de prendre une mesure qui :

a) relève de l'article 15 ou 16 de la présente directive, ou de l'article 5 ou 8 de la [directive "accès"] ; et

b) aurait des incidences sur les échanges entre les États membres,

2 — JO 2002, L 108, p. 33.
3 — JO 2009, L 337, p. 37.
4 — JO 2002, L 108, p. 7.
5 — JO 2009, L 124, p. 67.

elle met à disposition de la Commission, de l'[Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE)] [6] et des [ARN] des autres États membres, simultanément, le projet de mesure ainsi que les motifs sur lesquels la mesure est fondée […]. Les [ARN], l'ORECE et la Commission ne peuvent adresser des observations à l'[ARN] concernée que dans un délai d'un mois […]

[…]

7. L'[ARN] concernée tient le plus grand compte des observations formulées par les autres ARN, l'ORECE et la Commission […]

[…] »

6. L'article 8 de la directive-cadre, intitulé « Objectifs généraux et principes réglementaires », dispose :

« 1. Les États membres veillent, dans l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières, à ce que les [ARN] prennent toutes les mesures raisonnables visant à la réalisation des objectifs définis aux paragraphes 2, 3 et 4. Ces mesures sont proportionnées à ces objectifs.

[...]

2. Les [ARN] promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment :

a) en veillant à ce que les utilisateurs […] retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité ;

b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques […] ;

[…]

3. Les [ARN] contribuent au développement du marché intérieur, notamment :

[…]

d) en coopérant entre elles ainsi qu'avec la Commission et l'ORECE, afin d'assurer le développement de pratiques réglementaires cohérentes et l'application cohérente de la présente directive et des directives particulières [7].

4. Les [ARN] soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne […] »

7. L'article 16 de cette directive, intitulé « Procédure d'analyse de marché », prévoit ce qui suit :

« [...]

6 — Cet organe a été institué par le règlement (CE) nº 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009 (JO 2009, L 337, p. 1).

7 — L'expression « directives particulières » vise notamment la directive « accès ».

2. Lorsque, conformément [...] à l'article 8 de la [directive "accès"], l'[ARN] est tenue de se prononcer sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations à la charge des entreprises, elle détermine, sur la base de son analyse de marché visée au paragraphe 1 du présent article, si un marché pertinent est effectivement concurrentiel.

3. Lorsqu'une [ARN] conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées au paragraphe 2 […]

4. Lorsqu'une [ARN] détermine qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, elle identifie les entreprises qui, individuellement ou conjointement avec d'autres, sont puissantes sur ce marché conformément à l'article 14 ; l'[ARN] impose aussi à ces entreprises les obligations réglementaires spécifiques appropriées visées au paragraphe 2 du présent article ou maintient ou modifie ces obligations si elles sont déjà appliquées.

[…] »

8. L'article 19 de la directive-cadre, intitulé « Mesures d'harmonisation », énonce :

«1. [...] lorsque la Commission constate que des divergences dans l'accomplissement, par les [ARN], des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive et les directives particulières peuvent faire obstacle au marché intérieur, elle peut, en tenant le plus grand compte de l'avis émis par l'ORECE, publier une recommandation ou une décision sur l'application harmonisée des dispositions de la présente directive et des directives particulières afin de poursuivre les objectifs énoncés à l'article 8.

2. […]

Les États membres veillent à ce que les [ARN] tiennent le plus grand compte de ces recommandations dans l'accomplissement de leurs tâches. Lorsqu'une [ARN] choisit de ne pas suivre une recommandation, elle en informe la Commission en communiquant la motivation de sa position.

[...] »

2. Directive « accès »

9. L'article 8 de la directive « accès », intitulé « Imposition, modification ou suppression des obligations », prévoit ce qui suit :

« 1. Les États membres veillent à ce que les [ARN] soient habilitées à imposer les obligations visées aux articles 9 à 13 bis.

2. Lorsqu'à la suite d'une analyse du marché effectuée conformément à l'article 16 de la [directive-cadre] un opérateur est désigné comme disposant d'une puissance significative sur un marché donné, les [ARN] lui imposent les obligations énumérées aux articles 9 à 13 de la présente directive, selon le cas.

[…]

4. Les obligations imposées conformément au présent article sont fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la [directive-cadre]. Ces obligations ne peuvent être imposées qu'après la consultation prévue aux articles 6 et 7 de ladite directive.

[...] »

10. L'article 13 de la directive « accès », intitulé « Contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts », est libellé comme suit :

«1. Les [ARN] peuvent, conformément aux dispositions de l'article 8, imposer des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris des obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et des obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts, pour la fourniture de types particuliers d'interconnexion et/ou d'accès, lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné peut, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals. Afin d'encourager l'opérateur à investir notamment dans les réseaux de prochaine génération, les [ARN] tiennent compte des investissements qu'il a réalisés, et lui permettent une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu de tout risque spécifiquement lié à un nouveau projet d'investissement particulier.

2. Les [ARN] veillent à ce que tous les mécanismes de récupération des coûts ou les méthodologies de tarification qui seraient rendues obligatoires visent à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à optimiser les avantages pour le consommateur. À cet égard, les [ARN] peuvent également prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés concurrentiels comparables.

3. Lorsqu'une entreprise est soumise à une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts, c'est à elle qu'il incombe de prouver que les redevances sont déterminées en fonction des coûts, en tenant compte d'un retour sur investissements raisonnable. Afin de calculer les coûts de la fourniture d'une prestation efficace, les [ARN] peuvent utiliser des méthodes de comptabilisation des coûts distinctes de celles appliquées par l'entreprise. Les [ARN] peuvent demander à une entreprise de justifier intégralement ses prix et, si nécessaire, en exiger l'adaptation. »

3. Recommandation 2009/396

11. Le considérant 1 de la recommandation 2009/396 indique ce qui suit :

« […] l'évaluation de plus de 850 projets de mesures notifiés en vertu de l'article 7 de la [directive-cadre] a révélé qu'il existe […] des incohérences dans la réglementation des tarifs de terminaison d'appel vocal. »

12. Le considérant 3 de la recommandation 2009/396 précise :

« Les grandes divergences de réglementation tarifaire de la terminaison d'appels fixe et mobile créent de graves distorsions de concurrence […] »

13. Le considérant 4 de la même recommandation indique ce qui suit :

« Le manque d'harmonisation dans l'application des principes de comptabilisation des coûts aux marchés de la terminaison d'appel prouve qu'une approche commune est nécessaire, qui fournira une plus grande sécurité juridique et les mesures incitatives appropriées pour les investisseurs potentiels, et allégera la charge réglementaire pesant sur les opérateurs actuellement présents dans plusieurs États membres […] »

14. Le considérant 7 de la recommandation 2009/396 précise :

« […] Dans l'UE, le système de tarification repose sur le principe dit "Calling Party Network Pays", c'est-à-dire que la redevance de terminaison est fixée par le réseau appelé et payé par le réseau appelant. Ce service n'est pas facturé à l'appelé qui n'a, en général, aucune raison de réagir au tarif de terminaison fixé par son fournisseur de réseau. Dans ce contexte, la tarification excessive constitue la principale préoccupation des [ARN] en matière de concurrence. Les tarifs de terminaison d'appel élevés sont finalement recouvrés par des tarifs d'appel plus élevés pour l'utilisateur final. Comme les marchés de la terminaison d'appel se caractérisent par un accès bidirectionnel, d'autres problèmes de concurrence, comme les subventions croisées entre opérateurs par exemple, peuvent se poser. Ces problèmes sont communs aux marchés de la terminaison d'appels fixe et mobile. Aussi, les opérateurs de terminaison d'appel ayant la possibilité d'établir les prix bien au-dessus des coûts, et intérêt à le faire, l'orientation des prix en fonction des coûts est-elle considérée comme le meilleur moyen de résoudre ce problème à moyen terme. […] Vu les caractéristiques spécifiques des marchés de la terminaison d'appel et les problèmes de concurrence et de répartition qui en découlent, la Commission a admis depuis longtemps que définir une approche commune fondée sur une norme de coût efficace et sur l'application de tarifs de terminaison d'appel symétriques serait un gage d'efficacité et de concurrence durable et serait plus profitable à l'utilisateur final en termes d'offres de prix et de service. »

15. Le considérant 13 de la recommandation 2009/396 prévoit ce qui suit :

« Compte tenu des caractéristiques particulières des marchés de terminaison d'appel, le coût des services de terminaison d'appel doit être calculé à partir des coûts différentiels à long terme (LRIC) prospectifs […] Les modèles LRIC ne tiennent compte que des coûts engendrés par la fourniture d'une prestation supplémentaire définie. Une méthode des coûts différentiels qui attribue uniquement les coûts efficacement encourus qui ne seraient pas supportés si le service correspondant à la prestation supplémentaire n'était plus fourni (c'est-à-dire les coûts évitables) contribue à promouvoir une production et une consommation efficaces et limite les risques de distorsion de la concurrence. Plus les tarifs de terminaison d'appel s'écartent du coût différentiel, plus les distorsions de concurrence entre les marchés de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile, ou entre opérateurs ayant des parts de marché et des flux de trafics asymétriques, sont grandes. Il est donc justifié d'appliquer une approche LRIC stricte selon laquelle la prestation supplémentaire en question est la fourniture de gros du service de terminaison d'appel et qui ne tient compte que des coûts évitables […] »

16. Les points 1 et 2 de la recommandation 2009/396 sont libellés comme suit :« 1. Lorsque les [ARN] imposent des obligations de contrôle des prix et de comptabilisation des coûts, conformément à l'article 13 de la [directive "accès"], aux opérateurs désignés par elles comme puissants sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur réseau téléphonique public individuel (ci-après dénommés "marchés de la terminaison d'appels fixe et mobile") à la suite d'une analyse de marché effectuée conformément à l'article 16 de la [directive-cadre], les ARN doivent fixer des tarifs de terminaison d'appel en fonction des coûts encourus par un opérateur efficace. Cela implique que les tarifs doivent aussi être symétriques. Pour ce faire, les ARN procèdent de la façon décrite ci-après.

2. Il est recommandé de fonder l'évaluation des coûts efficaces sur les coûts actuels et de recourir à une approche de modélisation ascendante basée sur les coûts différentiels à long terme (LRIC) comme méthode pertinente de calcul des coûts. »

17. Il est constant que la méthode préconisée par la Commission dans la recommandation 2009/396/CE est celle dite « BULRIC *(bottom-up long-run incremental costs)* strict », qui consiste, pour l'essentiel, à ce qu'il ne soit tenu compte que des coûts différentiels de l'offre de service concerné, le service de terminaison d'appel sur le marché de gros étant considéré comme une prestation supplémentaire pertinente et ne contenant que les coûts évitables, à savoir les coûts qui

peuvent être évités lorsqu'une prestation supplémentaire n'est plus fournie. Les coûts inévitables, tels que les coûts communs (les coûts qui ne sont pas directement attribuables à une prestation de service spécifique) et les coûts associés (qui peuvent être directement attribués à plus d'un seul service) ne sont donc pas pris en considération dans cette méthode de calcul de coûts.

B – *Droit néerlandais*

18. L'article 1.3, paragraphe 1, de la Telecommunicatiewet (loi sur les télécommunications), dans sa version applicable aux faits au principal (ci-après la « loi sur les télécommunications »), dispose ce qui suit :

«1. L'[ACM] veille à ce que ses décisions contribuent à la réalisation des objectifs visés à l'article 8, paragraphes 2 à 5, de la [directive-cadre], en tout cas par :

a. la promotion de la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques ou des ressources y associées, notamment en soutenant les investissements efficaces en matière d'infrastructures et les innovations ;

b. le développement du marché intérieur ;

c. le soutien des intérêts des utilisateurs finals en termes de choix, de prix et de qualité. »

19. L'article 1.3, paragraphe 2, de la loi sur les télécommunications prévoit que, dans l'exercice de ses tâches et compétences, l'ACM doit tenir le plus grand compte des recommandations de la Commission visées à l'article 19, paragraphe 1, de la directive-cadre. Si l'ACM n'applique pas une recommandation, elle doit en informer la Commission en communiquant les motifs de sa décision.

20. Cette loi indique, à son article 6a.1, que l'ACM, en tant qu'ARN, doit définir les marchés pertinents dans le secteur des communications électroniques. Pour cela, l'ACM doit, conformément à l'article 6a.1, paragraphe 5, de cette loi, déterminer si le marché en question est ou non effectivement concurrentiel. Si ce n'est pas le cas, l'ACM doit, en vertu de l'article 6a.2 de ladite loi, déterminer si une ou plusieurs entreprises disposent d'une puissance significative sur le marché ainsi que les obligations appropriées devant leur être imposées.

21. L'article 6a.2, paragraphe 3, de la loi sur les télécommunications ajoute qu'une obligation visée au paragraphe 1 est appropriée lorsqu'elle se fonde sur la nature du problème constaté sur le marché concerné et qu'elle est proportionnée et justifiée au regard des objectifs de l'article 1.3.

22. L'article 6a.7 de cette loi prévoit ce qui suit :

« 1. Conformément à l'article 6a.2, paragraphe 1, l'[ACM] peut, pour les formes d'accès qu'elle doit déterminer, imposer une obligation concernant la maîtrise des tarifs calculés ci-avant ou le calcul des coûts lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné peut, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou peut comprimer les marges, dans l'un et l'autre cas au détriment des utilisateurs finals. L'[ACM] peut lier à l'obligation des règles nécessaires à sa bonne exécution.

2. Une obligation visée au paragraphe 1 peut prévoir de soumettre l'accès à un tarif d'accès orienté en fonction des coûts ou à l'application d'un système de calcul des coûts défini ou approuvé par l'[ACM].

3. Lorsque l'[ACM] a imposé à une entreprise une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts, cette entreprise démontre que ses prix sont effectivement déterminés en fonction des coûts.

4. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 1, deuxième phrase, l'[ACM] peut lier l'obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts à des mesures concernant la présentation des résultats de l'application du système par l'entreprise sur laquelle pèse l'obligation [...] »

III – Faits du litige au principal et questions préjudicielles

23. Dans le cadre d'une procédure antérieure à celle en cause au principal, l'Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) (Autorité indépendante des postes et télécommunications, Pays-Bas, devenue l'ACM, ayant la qualité d'ARN dans le domaine des télécommunications aux Pays-Bas) a, par une décision du 7 juillet 2010, après avoir effectué une analyse du marché pertinent, imposé aux opérateurs fournissant des services de terminaison d'appels fixe et mobile aux Pays-Bas des mesures tarifaires suivant le modèle de calcul des coûts dit « BULRIC strict ». Le 31 août 2011, le College van Beroep voor het bedrijfsleven (cour d'appel du contentieux administratif en matière économique) a annulé cette décision au motif notamment qu'un autre modèle de calcul des coûts aurait dû être appliqué, à savoir le modèle « BULRIC plus », qui permet, en substance, également la prise en compte, voire le remboursement, des coûts associés (les coûts qui peuvent être directement attribués à plus d'un seul service) et des coûts communs (les coûts qui ne sont pas directement attribuables à une prestation de service spécifique) [8].

24. Par la suite, l'ACM, ayant constaté qu'il existait sur le marché de gros des services de terminaison d'appel un risque d'application de tarifs excessivement élevés, a adopté, le 5 août 2013, une décision (celle attaquée au principal) par laquelle elle a fixé des plafonds tarifaires pour la prestation desdits services. Ces tarifs ont été fixés suivant le modèle « BURLIC strict », en application des dispositions de la loi sur les télécommunications, qui transposent les articles 8 et 13 de la directive « accès » et de la recommandation 2009/396. L'ACM a estimé que ce modèle était approprié pour déterminer les tarifs de terminaison d'appel orientés en fonction des coûts et qu'il était, aux termes de cette recommandation, le seul modèle d'orientation des prix conforme au droit de l'Union. Elle a considéré qu'une mesure tarifaire établie sur ce modèle de calcul écartait le risque de tarifs excessivement élevés et de compression des prix, tout en favorisant la concurrence, le développement du marché intérieur et les intérêts des utilisateurs finals.

25. Koninklijke KPN, KPN BV, T-Mobile Netherlands BV et Vodafone Libertel BV, qui sont des opérateurs fournissant, notamment, des services de terminaison d'appel mobile, ont formé un recours en annulation devant la juridiction de renvoi contre la décision de l'ACM du 5 août 2013, décision dont l'exécution a été suspendue, en référé, par ordonnance du 27 août 2013.

26. Dans le cadre du recours en annulation dont est saisie la juridiction de renvoi, Koninklijke KPN, KPN, T-Mobile Netherlands et Vodafone Libertel soutiennent qu'une obligation tarifaire déterminée selon le modèle « BULRIC strict » est contraire à l'article 6a.2, paragraphe 3, et à l'article 6a.7, paragraphe 2, de la loi sur les télécommunications, qui prévoient respectivement qu'un tarif doit être orienté en fonction des coûts et qu'une obligation imposée par l'ACM doit être appropriée.

27. Elles ajoutent que toutes les affirmations de l'ACM relatives aux effets positifs attendus de l'application du modèle « BULRIC strict » sur la structure tarifaire ne peuvent justifier l'imposition d'obligations tarifaires telles que celles en cause au principal. Selon ces opérateurs, les prix déterminés suivant ce modèle ont pour effet que les tarifs de terminaison d'appel sont inférieurs à ceux qui seraient obtenus dans un marché concurrentiel. Par conséquent, la recommandation 2009/396 ne serait pas conforme à l'article 13 de la directive « accès ».

8 — La question de savoir si ces deux catégories de coûts peuvent ou non être récupérées par les opérateurs concernés dans le cadre de l'application du modèle « BULRIC strict » fait l'objet de controverses entre les parties intéressées et est, en partie, examinée aux points 88 à 91 des présentes conclusions.

28. La juridiction de renvoi relève, quant à elle, que le libellé de l'article 6a.7, paragraphe 2, de la loi sur les télécommunications ne permet pas d'étayer l'argumentation selon laquelle une forme de réglementation tarifaire peut être imposée allant au-delà d'une réglementation des prix qui peut déjà être considérée comme orientée en fonction des coûts.

29. Elle estime, toutefois, qu'une obligation tarifaire plus stricte peut être autorisée si elle est proportionnée et justifiée compte tenu de la nature du problème constaté sur le marché concerné, et si elle poursuit les objectifs définis à l'article 8, paragraphes 2 à 4, de la directive-cadre. Dans ce cas, l'ACM doit, selon la juridiction de renvoi, déterminer si la mesure tarifaire concernée est appropriée pour atteindre l'objectif recherché et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à cette fin. Elle doit en outre expliquer les raisons de sa décision et procéder à une mise en balance de tous les intérêts concernés.

30. La juridiction de renvoi s'interroge cependant, premièrement, sur les intérêts qui peuvent ou doivent être mis en balance ainsi que sur le poids qui peut ou doit être accordé à chacun de ces intérêts lors de l'analyse devant être effectuée avant l'imposition d'obligations tarifaires. Deuxièmement, elle se demande quelle importance doit être accordée, dans l'affaire au principal, au fait que la Commission a préconisé le modèle « BULRIC strict » dans la recommandation 2009/396 pour adopter une mesure tarifaire appropriée sur le marché de gros des services de terminaison d'appels fixe et mobile.

31. C'est dans ces conditions que la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre, lu en combinaison avec les articles 8 et 13 de la directive "accès", doit-il être interprété en ce sens qu'une juridiction nationale, saisie d'un litige relatif à la légalité d'un tarif orienté en fonction des coûts imposé par [l'ARN] sur le marché de gros des terminaisons d'appel, peut en principe s'écarter de la recommandation [2009/396], recommandant [le modèle "BULRIC strict"] en tant que mesure appropriée de réglementation des prix sur les marchés de la terminaison d'appel, si elle considère que les éléments de fait du cas dont elle est saisie et/ou des considérations de droit national et international l'imposent ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, dans quelle mesure la juridiction nationale peut-elle, dans le cadre de l'examen d'une mesure tarifaire orientée en fonction des coûts :

   a) examiner, au regard de l'article 8, paragraphe 3, de la directive-cadre, l'argument de l'ARN selon lequel le développement du marché intérieur est favorisé, en tenant compte de l'ampleur de l'influence effective sur le fonctionnement du marché intérieur ?

   b) déterminer, au regard des objectifs politiques et des principes réglementaires fixés à l'article 8 de la directive-cadre et à l'article 13 de la directive "accès", si la mesure tarifaire :

      i) est proportionnée ;

      ii) est appropriée ;

      iii) est appliquée de manière proportionnée et est justifiée ?

c) exiger de l'ARN qu'elle démontre de manière suffisante :

i) que l'objectif politique mentionné à l'article 8, paragraphe 2, de la [directive-cadre] selon lequel les ARN promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques et des services de communications électroniques, est effectivement réalisé et que les utilisateurs retirent effectivement un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité ;

ii) que l'objectif politique mentionné à l'article 8, paragraphe 3, de la [directive-cadre], qui est de contribuer au développement du marché intérieur, est effectivement réalisé ; et

iii) que l'objectif politique mentionné à l'article 8, paragraphe 4, de la [directive-cadre], qui est de soutenir les intérêts des citoyens de l'Union, est effectivement réalisé ?

d) compte tenu de l'article 16, paragraphe 3, de la [directive-cadre] et de l'article 8, paragraphes 2 et 4, de la directive "accès", tenir compte, pour déterminer s'il s'agit d'une mesure tarifaire appropriée, du fait que ladite mesure a été imposée sur un marché dans lequel les entreprises régulées détiennent un pouvoir de marché considérable mais que, dans la forme choisie (méthode "BULRIC strict"), c'est sur un autre marché, qui n'est pas susceptible d'être réglementé, qu'elle tend à promouvoir un des objectifs de la [directive-cadre], à savoir les intérêts des utilisateurs finals ? »

IV – Procédure devant la Cour

32. Ces questions ont fait l'objet d'observations écrites de la part des parties requérantes au principal, de Tele2 Nederland BV, de Ziggo BV, de Ziggo Services BV et de Ziggo Zakelijk Services BV, parties intervenantes au litige au principal [9], des gouvernements néerlandais, italien, polonais et finlandais, ainsi que de la Commission. Lors de l'audience du 16 mars 2016, ces parties intéressées ainsi que le gouvernement allemand ont été entendus en leurs plaidoiries, exception faite de Tele2 Nederland et des gouvernements italien et polonais qui ne s'y sont pas fait représenter.

V – Analyse

A – *Observations liminaires*

33. La directive-cadre crée un cadre harmonisé pour la réglementation des services de communications électroniques, des réseaux de communications électroniques et des ressources et services associés. Cette directive fixe les tâches incombant aux ARN et établit une série de procédures visant à garantir l'application harmonisée du cadre réglementaire dans l'ensemble de l'Union [10].

34. La directive-cadre confère aux ARN des tâches spécifiques de réglementation des marchés de communications électroniques.

9 — Ces quatre parties ont introduit des recours contre la décision de l'ACM qui concernent des points qui ne sont à l'origine ni du litige au principal ni des questions préjudicielles. Lors de l'audience, le représentant de Ziggo, de Ziggo Services et de Ziggo Zakelijk Services a indiqué que ces sociétés étaient les principaux opérateurs s'acquittant de tarifs de terminaison d'appel aux Pays-Bas.

10 — Voir, en ce sens, arrêt du 3 décembre 2009, Commission/Allemagne (C-424/07, EU:C:2009:749, point 53).

35. Dans l'exercice de leurs tâches, les ARN doivent tenir le plus grand compte des objectifs de l'article 8 de la directive-cadre. Conformément à l'article 8, paragraphe 1, de cette directive, il appartient aux États membres de veiller à ce que les ARN prennent toutes les mesures raisonnables visant à la réalisation des objectifs dudit article. Cette dernière disposition précise également que les mesures prises par les ARN doivent être proportionnées à ces objectifs.

36. En vertu des dispositions de la directive-cadre, les ARN sont tenues, en étroite collaboration avec la Commission, de définir les marchés pertinents dans le secteur des communications électroniques et apprécient si ces marchés sont effectivement concurrentiels [11]. Si un marché n'est pas effectivement concurrentiel, l'ARN concernée est habilitée à imposer des obligations réglementaires ex ante aux entreprises qui disposent d'une puissance significative sur ce marché.

37. Lorsqu'une ARN impose de telles obligations, celle-ci doit tenir compte des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre, ces obligations réglementaires ex ante devant être proportionnelles et justifiées au regard desdits objectifs [12].

38. Conformément à l'article 13, paragraphe 1, de la directive « accès », ces obligations réglementaires ex ante peuvent contenir, entre autres, des obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et des obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts pour la fourniture de types particuliers d'interconnexion et/ou d'accès, lorsqu'une analyse de marché indique que le ou les opérateurs concernés peuvent, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals. L'article 13, paragraphe 2, de la directive « accès » exige que les mécanismes de récupération des coûts et les méthodologies de tarification rendues obligatoires visent à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à optimiser les avantages pour le consommateur.

39. Il est constant, dans le litige au principal, que l'ACM a imposé des obligations tarifaires ex ante, au sens notamment de l'article 13, paragraphe 1, de la directive « accès» [13], aux opérateurs que cette autorité a identifiés comme disposant d'une puissance significative sur le marché de gros de la terminaison d'appel aux Pays-Bas, sous la forme de plafonds tarifaires orientés en fonction des coûts, fondées sur le modèle de calcul des coûts préconisé par la Commission dans la recommandation 2009/396, à savoir le modèle dit « BULRIC strict ». Par ailleurs, il importe de préciser que la juridiction de renvoi n'interroge pas la Cour sur la validité de cette recommandation, contrairement à ce que semblent lui avoir suggéré les requérants au principal [14].

40. Il n'est pas non plus contesté dans l'affaire au principal que l'imposition d'obligations tarifaires ex ante, sur la base d'une orientation des prix en fonction des coûts, se justifie eu égard au caractère non concurrentiel et aux particularités du marché de gros de la terminaison d'appels fixe et mobile, comme cela a notamment été mis en exergue au considérant 7 de la recommandation 2009/396 cité au point 14 des présentes conclusions.

11 — Articles 15 et 16 de la directive-cadre.

12 — Voir article 8, paragraphe 4, de la directive « accès » et arrêt du 3 décembre 2009, Commission/Allemagne (C-424/07, EU:C:2009:749, point 60).

13 — À toutes fins utiles, je rappelle que la Cour a déjà jugé que la délivrance par une ARN d'une autorisation de tarifs de terminaison d'appel mobile relève « des obligations liées […] au contrôle des prix […] concernant la fourniture de types particuliers d'interconnexion et/ou d'accès », au sens de l'article 13, paragraphe 1, de la directive « accès » ; voir arrêt du 14 janvier 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, points 42 et 43).

14 — Voir point 27 des présentes conclusions.

41. La juridiction de renvoi se demande toutefois, en substance, si les mesures tarifaires retenues par l'ACM sur le fondement du modèle de calcul des coûts « BULRIC strict », préconisé par la recommandation 2009/396, ne sont pas excessives et si, comme le font valoir les requérants au principal, un plafond tarifaire basé sur un modèle de calcul quelque peu différent, à savoir le modèle dit « BULRIC plus », permettant aux opérateurs concernés de récupérer les coûts inévitables, tels que les coûts communs et associés [15], sur le marché concerné, serait suffisant, car une mesure tarifaire fondée sur ce modèle répondrait déjà aux exigences de l'orientation des prix en fonction des coûts.

42. Concrètement, ainsi que cela ressort du dossier, l'application du modèle de calcul des coûts « BULRIC strict » conduit à établir un plafond tarifaire pour la terminaison d'appel mobile à 1,019 centime d'euro par minute, tandis qu'il serait de 1,861 centime d'euro par minute en application du modèle « BULRIC plus ». Concernant la terminaison d'appel fixe, le plafond tarifaire est de 0,108 centime d'euro par minute en application du modèle « BULRIC strict » contre 0,302 centime d'euro par minute selon le modèle « BULRIC plus ».

43. Dans les deux cas de figure, on le voit, l'application du modèle « BULRIC plus » permettrait donc aux opérateurs concernés de fixer leurs tarifs de terminaison d'appel à un niveau plus élevé que celui qui résulte de l'application du modèle « BULRIC strict » retenu par l'ACM suivant la recommandation 2009/396.

44. L'enjeu économique de l'affaire au principal étant clarifié, les questions déférées par la juridiction de renvoi peuvent se décliner en deux branches, de la manière suivante : d'une part, une juridiction nationale est-elle habilitée, et selon quels types de considérations, à s'écarter d'une recommandation de la Commission appliquée par une ARN ? D'autre part, et dans l'affirmative, cette juridiction nationale est-elle notamment autorisée à contrôler le caractère proportionné de la mesure tarifaire imposée par l'ARN au regard des objectifs poursuivis par la directive-cadre et la directive « accès », et peut-elle exiger de l'ARN que celle-ci démontre de manière suffisante que la mesure tarifaire en question permet de réaliser effectivement les objectifs poursuivis ?

B – *Sur l'étendue du contrôle juridictionnel, la valeur de la recommandation 2009/396 et les considérations permettant à la juridiction nationale de s'en écarter*

45. Dans le contexte dans lequel la juridiction de renvoi emploie le verbe « s'écarter » dans sa première question préjudicielle, il est assez clair qu'elle envisage l'éventualité de substituer le modèle de calcul « BULRIC strict », préconisé par la Commission dans sa recommandation 2009/396 et mis en œuvre par l'ACM dans la décision attaquée devant ladite juridiction, par le modèle « BULRIC plus », à l'instar de ce que cette juridiction a déjà fait par le passé [16] et comme le demandent les requérants au principal. En effet, il semble que la juridiction de renvoi soit disposée à considérer que des tarifs fixés selon le modèle « BULRIC plus » répondent déjà aux exigences en matière d'orientation desdits tarifs en fonction des coûts, au sens notamment de l'article 13, paragraphe 1, de la directive « accès ».

15 — Voir, sur ces coûts, points 17 et 23 des présentes conclusions.

16 — Voir point 23 des présentes conclusions. À noter que, à l'époque de la première affaire, le délai pour mettre en œuvre une tarification fondée sur le modèle « BULRIC strict », préconisé par la recommandation 2009/396, n'avait pas expiré.

46. Si elle peut paraître sujette à controverses [17], cette compétence de la juridiction de renvoi à substituer sa propre appréciation des données économiques et comptables à celle faite de ces mêmes données par l'ACM sur la base de la recommandation 2009/396, allant, semble-t-il, jusqu'à imposer un modèle de calcul des coûts des opérateurs au profit d'un autre, n'est ni explicitement envisagée ni prohibée par l'article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre, dont l'interprétation est sollicitée par la juridiction de renvoi dans sa première question préjudicielle.

47. En effet, cet article se borne, de manière générale, à prévoir que, dans le cadre des recours dirigés contre les décisions des ARN, les États membres doivent veiller à ce que « le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace» [18].

48. Il en résulte que l'article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre n'harmonise pas les règles et pratiques nationales relatives aux procédures juridictionnelles applicables, pas plus que l'étendue du contrôle opéré par le juge national sur les décisions des ARN. Tout au plus peut-on inférer du libellé de l'article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre que cette disposition pose une limite en deçà de laquelle les États membres seraient considérés comme ne garantissant pas l'efficacité des mécanismes de recours, c'est-à-dire qu'il est exclu que le contrôle exercé par l'organe de recours soit de pure forme. Par ailleurs, comme je l'examinerai plus en détail dans le cadre de la réponse à donner à la seconde question préjudicielle [19], les dispositions de la directive-cadre et de la directive « accès » requièrent que le contenu du contrôle exercé sur les décisions des ARN qui imposent des obligations réglementaires ex ante inclut l'examen de la proportionnalité desdites obligations avec les objectifs poursuivis par la directive-cadre.

49. En revanche, contrairement à ce que le gouvernement italien a, en substance, défendu dans ses observations écrites, ni l'article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre ni plus généralement le droit de l'Union n'imposent à une juridiction nationale, dans une situation telle que celle de la présente affaire, de se borner à un contrôle limité des appréciations économiques complexes effectuées par une ARN, tel que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

50. Je relève d'ailleurs qu'un argument analogue a déjà été rejeté par la Cour dans l'arrêt du 24 avril 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, points 163 à 169). En effet, dans cette affaire – qui s'inscrivait dans le contexte du cadre réglementaire des télécommunications immédiatement antérieur à l'adoption de la directive-cadre et de la directive « accès », mais qui demeure tout à fait pertinente sur ce point – la Cour a jugé, à propos de l'étendue du contrôle juridictionnel sur les décisions d'une ARN relatives aux tarifs d'accès à la boucle locale d'opérateurs de télécommunications puissants sur le marché, y inclus les appréciations de cette ARN concernant les coûts à prendre en compte, leur calcul et leur justification comptable, que le droit de l'Union ne prévoit aucune règle selon laquelle les États membres doivent instituer un mode particulier de contrôle à l'égard desdites décisions, écartant explicitement l'argument exposé par une partie intéressée selon lequel ce contrôle aurait dû être marginal, sinon limité.

17 — Tandis que, dans ses observations écrites, le gouvernement néerlandais a indiqué que, dans une situation comme celle de l'affaire au principal, il n'appartient pas au juge néerlandais d'imposer à l'ACM une mesure tarifaire qu'il estime appropriée, ce même gouvernement a indiqué, lors de l'audience devant la Cour, que le contrôle du juge néerlandais était très poussé ou très strict, confinant à un contrôle de pleine juridiction. Certaines des parties au principal ont aussi défendu cette dernière interprétation de l'étendue du contrôle juridictionnel réalisé sur les décisions de l'ACM.

18 — À toutes fins utiles, je rappelle que la Cour a déjà jugé que l'article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre constitue une émanation du principe de protection juridictionnelle effective en vertu duquel il incombe aux juridictions des États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union : voir, notamment, arrêt du 22 janvier 2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24, point 33).

19 — Voir points 80 et 81 des présentes conclusions.

51. Au vu de ces considérations, il s'ensuit que, en l'absence de telles règles établies par le droit de l'Union, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité [20].

52. Le fait que la juridiction de renvoi s'estime autorisée à contrôler de manière particulièrement poussée les décisions de l'ACM, y compris, le cas échéant, à substituer ses propres appréciations à celles effectuées par cette autorité sur le fondement de la recommandation 2009/396, n'est donc aucunement prohibé par le droit de l'Union pour autant que les deux principes susmentionnés soient respectés. Je reviendrai aussi sur cet aspect de la présente affaire, sous l'angle plus particulièrement du respect du principe d'effectivité, dans le contexte de la réponse à donner à la seconde question préjudicielle [21].

53. Il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, une juridiction nationale doit agir avec une extrême prudence si elle envisage de s'écarter des appréciations de nature économique et comptable soumises à son contrôle, fondées sur une recommandation de la Commission, telle que la recommandation 2009/396.

54. Il fait certes peu de doutes qu'une juridiction nationale, saisie d'un recours contre une décision d'une ARN appliquant la recommandation 2009/396, ne soit pas liée par les appréciations qui sont contenues dans cette dernière.

55. En effet, ainsi que l'admettent toutes les parties intéressées, conformément à l'article 288 TFUE, une telle recommandation est dépourvue d'effets juridiques contraignants, ce que confirme l'article 19, paragraphe 2, de la directive-cadre, exigeant certes que les ARN tiennent le plus grand compte des recommandations de la Commission adoptées sur le fondement de l'article 19, paragraphe 1, de la directive-cadre, mais les autorisant explicitement à s'en écarter, sous réserve d'informer la Commission et de lui communiquer la motivation de leur position [22].

56. En l'occurrence, le fait que l'ACM ait, par l'adoption de la décision attaquée devant la juridiction de renvoi, mis en œuvre la recommandation 2009/396 dans le contexte de l'affaire au principal ne modifie pas la nature juridique de cette recommandation en tant que telle. Par conséquent, une juridiction nationale, saisie d'un recours contre une décision d'une ARN faisant application d'une telle recommandation, n'est pas liée par les appréciations figurant dans cette dernière.

57. Néanmoins, comme la Cour l'a reconnu à plusieurs occasions, en dépit du fait que les recommandations ne visent pas à produire des effets contraignants, elles ne sont pas privées de tout effet juridique. Partant, les juridictions nationales sont elles aussi tenues de les prendre en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsqu'elles éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre ou lorsqu'elles ont pour objet de compléter les dispositions du droit de l'Union ayant un caractère contraignant [23].

58. Cette jurisprudence s'applique pleinement à la recommandation 2009/396.

20 — Voir, en ce sens, notamment, arrêt du 24 avril 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, point 166 et jurisprudence citée).

21 — Voir points 92 à 97 des présentes conclusions.

22 — Voir aussi, en ce sens, arrêt du 11 septembre 2008, Commission/Lituanie (C-274/07, EU:C:2008:497, point 50).

23 — Voir, notamment, en ce sens, arrêts du 11 septembre 2003, Altair Chimica (C-207/01, EU:C:2003:451, point 41), du 18 mars 2010, Alassini e.a. (C-317/08 à C-320/08, EU:C:2010:146, point 40), et du 24 avril 2008, Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244, point 94).

59. En particulier, contrairement à ce que Koninklijke KPN et KPN ont fait valoir dans leurs observations, cette recommandation a bien, selon moi, vocation à compléter les dispositions du cadre réglementaire applicables aux services de communications électroniques. En effet, adoptée sur le fondement de l'article 19, paragraphe 1, de la directive-cadre, à la suite de la constatation par la Commission de divergences et d'incohérences dans l'accomplissement des tâches réglementaires des ARN se rapportant à la fixation des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'Union, la recommandation 2009/396 vise à assurer l'application harmonisée des dispositions de la directive-cadre et de la directive « accès ». Plus précisément, en préconisant le modèle « BULRIC strict », la recommandation 2009/396 identifie le modèle de calcul des coûts sur lequel les ARN sont invitées à se fonder pour fixer les tarifs de terminaison d'appel en gros des opérateurs désignés comme puissants sur ce marché lorsqu'elle imposent à ces derniers des obligations de contrôle des prix et notamment des obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts, conformément à l'article 13 de la directive « accès» [24].

60. Dans le cadre du litige dont elle est saisie, portant sur le caractère approprié de la fixation de plafonds tarifaires imposés par l'ACM aux requérants au principal sur le marché de gros de la terminaison d'appels fixe et mobile, fondée sur le modèle de calcul des coûts « BULRIC strict » préconisé par la recommandation 2009/396, la juridiction de renvoi doit donc tenir dûment compte de cette recommandation.

61. Elle ne saurait, à cet égard, ignorer, selon moi, que la recommandation 2009/396 a précisément été adoptée à la suite de la constatation de divergences et d'incohérences importantes entre les ARN au niveau de l'Union quant à la fixation des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile ayant notamment créé, d'après le considérant 7 de cette recommandation, de graves distorsions de concurrence.

62. Le modèle de calcul des coûts « BULRIC strict », préconisé par la Commission dans cette recommandation, a donc été fixé dans l'objectif de mettre un terme à ces divergences et distorsions au sein de l'Union, préjudiciables, aux termes de la recommandation, à une concurrence efficace et aux consommateurs finals.

63. L'invitation adressée aux ARN dans la recommandation 2009/396 est donc de faire converger les obligations tarifaires qu'elles imposent sur la base du modèle « BULRIC strict » afin d'assurer la réalisation d'une concurrence efficace dans le marché intérieur, également profitable aux utilisateurs finals et aux consommateurs [25].

64. Dans ce contexte, dans l'exercice du contrôle juridictionnel sur une décision d'une ARN qui met en œuvre la recommandation 2009/396 sur le marché pertinent de l'État membre concerné, une juridiction nationale devrait agir avec circonspection et prudence si elle entend se départir du modèle de calcul des coûts préconisé par cette recommandation et telle que celui-ci a été appliqué par cette ARN.

24 — Voir, en particulier, considérant 21 et point 1 de la recommandation 2009/396. En tout état de cause, même si cette recommandation ne visait pas à compléter les dispositions du droit de l'Union, elle ne saurait être ignorée par les juridictions nationales. En effet, selon la jurisprudence de la Cour, l'obligation qui pèse sur ces dernières de prendre en compte les recommandations est une obligation de nature générale, « notamment » lorsqu'elles ont pour objet de compléter les dispositions du droit de l'Union ayant un caractère contraignant.

25 — Cet objectif semble aujourd'hui avoir partiellement été atteint dans la mesure où, lors de l'audience, la Commission a indiqué que le modèle « BULRIC strict » est appliqué dans 24 des 28 États membres. Hormis la situation du Royaume des Pays-Bas, seules la République fédérale d'Allemagne, la République de Chypre et la République de Finlande n'appliqueraient pas de méthode de calcul des coûts fondée sur ce modèle. Lors de l'audience encore, la Commission a ajouté que la situation de la République de Chypre serait justifiée sur la base du point 12 de la recommandation 2009/396 permettant aux ARN disposant de ressources limitées d'appliquer, selon certaines conditions, une méthode de substitution.

65. En effet, d'une part, dans la mesure où la validité de cette recommandation n'est aucunement mise en discussion, le modèle de calcul des coûts recommandé par la Commission dans celle-ci doit être présumé comme constituant une mesure appropriée pour éviter les distorsions de concurrence, y compris les subventions croisées, et apporter un bénéfice maximal aux consommateurs finals. Au demeurant, telle semble bien être la prémisse du raisonnement de la juridiction de renvoi, comme l'indique le libellé de la première question préjudicielle.

66. D'autre part, il convient de s'assurer que les distorsions de concurrence au niveau de l'Union, mises en exergue dans la recommandation 2009/396 et que cette recommandation entend niveler ou réduire par l'application du modèle de calcul des coûts « BULRIC strict », ne sont pas réintroduites par les juridictions nationales ou, tout au moins, que ces dernières ne peuvent se fonder que sur de sérieux motifs pour s'écarter du modèle recommandé au niveau de l'Union et appliqué par une ARN.

67. C'est justement sur les considérations précises qui l'autoriseraient à se départir de la recommandation 2009/396, telle qu'elle a été mise en œuvre par l'ACM, que s'interroge aussi la juridiction de renvoi dans sa première question préjudicielle. Elle évoque ainsi, au titre de ces motifs, de manière générale, « les éléments de fait du cas dont elle est saisie et/ou des considérations de droit national et international ».

68. Les considérations de « droit international » n'ont aucunement été explicitées par la juridiction de renvoi et je dois admettre que j'ignore à quelles normes ou à quels actes cette dernière se réfère. Il n'est dès lors pas possible de se prononcer sur un tel motif.

69. Les considérations tirées du droit national sont nettement plus identifiables. Toutefois, se fonder, comme semble l'envisager la juridiction de renvoi, exclusivement sur ces considérations pour écarter le modèle de calcul de coûts « BULRIC strict » appliqué par l'ACM dans la présente affaire me laisse perplexe eu égard au contexte juridique de celle-ci.

70. Si je comprends correctement le raisonnement échafaudé par la juridiction de renvoi, cette dernière déduit de l'article 6a.2, paragraphe 3, et de l'article 6a.7, paragraphe 2, de la loi sur les télécommunications – qui autorisent, en substance, l'ACM à imposer une obligation tarifaire sous la forme d'une orientation des prix en fonction des coûts, lorsqu'une telle obligation se fonde sur la nature du problème constaté et qu'elle est proportionnée et justifiée au regard des objectifs de l'article 1.3 de la même loi – qu'une forme de réglementation tarifaire (à savoir celle fondée sur le modèle « BULRIC strict »), allant au-delà d'une réglementation des prix qui peut déjà être considérée comme orientée en fonction des coûts (sous-entendue celle fondée sur le modèle « BULRIC plus »), ne peut être imposée.

71. Abstraction faite des appréciations de valeur relatives aux deux modèles de calcul des coûts, il convient de relever, comme l'a également fait observer le gouvernement néerlandais lors de l'audience, que les dispositions de droit interne auxquelles se réfère la juridiction de renvoi transposent, souvent en des termes identiques, celles de la directive-cadre et de la directive « accès ». Ainsi, aux dires mêmes de la juridiction de renvoi, l'article 1.3 de la loi sur les télécommunications transpose l'article 8 de la directive-cadre, fixant les objectifs généraux du cadre réglementaire des services de communications électroniques auxquels doivent contribuer les ARN. De plus, l'article 6a.2, paragraphe 3, de cette loi reproduit l'article 8, paragraphe 4, de la directive « accès », notamment quant à la nécessité pour les ARN d'imposer des obligations réglementaires ex ante proportionnées, tandis que l'article 6a.7, paragraphe 2, de la loi sur les télécommunications transpose l'article 13, paragraphe 1, de cette même directive « accès », en particulier quant à l'exigence de l'orientation des tarifs en fonction des coûts.

72. Dans ces conditions, et même si je concède qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'interpréter son droit national, j'ai de grandes difficultés à concevoir que le droit interne, tel qu'il a été exposé par cette juridiction, à savoir tel qu'il est issu du droit de l'Union, exigerait, par son libellé et en tant que tel, d'écarter le modèle de calcul recommandé par la Commission visant notamment à compléter et à préciser les dispositions de l'article 13 de la directive « accès » quant à ce qu'il faut comprendre par l'imposition d'obligations tarifaires orientées en fonction des coûts.

73. Certes, cela ne signifie pas, comme l'ont à juste titre souligné les gouvernements allemand, finlandais et polonais, qu'il n'existe qu'un seul modèle théorique de calcul des coûts, susceptible de préciser les exigences d'orientation des tarifs en fonction des coûts, prévues à l'article 13, paragraphe 1, de la directive « accès ».

74. Cela signifie simplement que, au vu du contexte de la présente affaire, des motifs purement juridiques de droit interne ne me paraissent pas pouvoir, en tant que tels, requérir d'écarter le modèle de calcul des coûts préconisé par la recommandation 2009/396 et mis en œuvre par l'ACM dans la décision attaquée devant la juridiction de renvoi.

75. En revanche, à l'instar de ce qu'ont soutenu substantiellement Tele2 Nederland, Ziggo, le gouvernement italien et la Commission, et comme l'a admis T-Mobile Netherlands, ce sont des considérations liées aux circonstances factuelles de l'affaire au principal, en particulier les caractéristiques spécifiques du marché néerlandais qui, à mon avis, seraient susceptibles de conduire la juridiction de renvoi à s'écarter du modèle de calcul appliqué par l'ACM sur la base de la recommandation 2009/396.

76. Tel devrait être, à mon sens, le contenu de la réponse à donner à la première question préjudicielle.

77. Il n'est, toutefois, pas possible d'examiner plus en détail cet aspect de l'affaire au principal. En effet, la juridiction de renvoi n'a aucunement précisé les circonstances factuelles et/ou spécifiques de l'affaire au principal qui pourraient l'amener à s'écarter des appréciations figurant dans la recommandation 2009/396 et mises en œuvre par l'ACM dans la décision dont la légalité a été contestée devant elle.

78. Je propose donc de répondre comme suit à la première question préjudicielle : l'article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre doit être interprété en ce sens qu'une juridiction nationale, saisie d'un litige relatif à la légalité d'une obligation réglementaire ex ante, prenant la forme d'un plafond tarifaire orienté en fonction des coûts imposé par une ARN sur le marché non concurrentiel de gros des services de terminaison d'appels fixe et mobile, en application de la recommandation 2009/396/CE préconisant le modèle de calcul des coûts « BULRIC strict » en tant que mesure appropriée de réglementation des prix sur ledit marché, peut s'écarter d'une telle recommandation adoptée, conformément à l'article 19, paragraphe 1, de la directive-cadre, si cette juridiction nationale considère que des motifs liés aux circonstances de fait de l'affaire au principal, en particulier aux caractéristiques spécifiques du marché de l'État membre en question, l'imposent.

C – *Sur le contenu du contrôle juridictionnel et sur le niveau de preuve exigé de l'ARN quant à la réalisation des objectifs poursuivis par la directive-cadre et la directive « accès »*

79. Par sa seconde question préjudicielle, subdivisée en plusieurs sous-questions, la juridiction de renvoi demande, en substance, d'une part, si le contenu du contrôle effectué sur la décision de l'ACM peut comprendre l'examen de la proportionnalité de l'obligation tarifaire imposée par cette autorité au regard des objectifs et des principes réglementaires fixés par la directive-cadre et par la directive « accès », y inclus l'examen de la circonstance selon laquelle la mesure tarifaire est imposée sur un marché non concurrentiel mais qu'elle tend à promouvoir l'objectif de favoriser les consommateurs finals sur un marché concurrentiel [seconde question préjudicielle, sous b) et d)]. D'autre part, elle s'interroge sur le point de savoir, en premier lieu, si le contrôle qu'elle est amenée à opérer sur la

décision de l'ACM peut tenir compte de l'influence *effective* sur le fonctionnement intérieur de la mesure tarifaire imposée par cette autorité et, en second lieu, si elle peut exiger de l'ACM qu'elle démontre à suffisance que ladite mesure réalise *effectivement* trois des objectifs énumérés à l'article 8 de la directive-cadre [seconde question préjudicielle, sous a) et c)].

80. Quant à la première partie de la seconde question, je partage l'avis de l'ensemble des parties intéressées selon lequel il appartient aux juridictions nationales de contrôler la proportionnalité d'une mesure tarifaire, telle que celle appliquée par l'ACM dans l'affaire au principal.

81. Comme l'ont rappelé la plupart de ces parties, il résulte clairement de l'article 8, paragraphe 4, de la directive « accès » que les obligations imposées par les ARN, dont celles prévues à l'article 13 de ladite directive concernant l'orientation des prix en fonction des coûts, doivent être fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre [26]. Or, une telle compétence des ARN ne saurait échapper au contrôle juridictionnel portant sur « le fond de l'affaire », prévu à l'article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre. Ainsi que l'ont notamment fait valoir le gouvernement néerlandais et la Commission, et comme cela ressort, en particulier, du récent arrêt du 17 septembre 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610, points 43, 47 et 49), les juridictions nationales doivent donc veiller à ce que les ARN respectent toutes les exigences découlant des articles 8 et 13 de la directive « accès », y inclus le soin de vérifier si l'obligation tarifaire imposée par une ARN est proportionnée et justifiée au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre [27].

82. Le fait qu'une telle mesure tarifaire soit fondée sur une recommandation de la Commission, telle que la recommandation 2009/396, ne modifie pas cette analyse. En d'autres termes, la simple existence d'une telle recommandation ne prive pas la juridiction nationale de sa compétence pour contrôler la proportionnalité d'une mesure tarifaire adoptée par une ARN avec les objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre.

83. Il n'en demeure pas moins que, comme je l'ai déjà indiqué, une telle recommandation doit être dûment prise en compte par la juridiction nationale. Le modèle « BULRIC strict » que cette recommandation préconise, dont la validité n'a pas été mise en cause, et sur lequel l'ACM a fondé son analyse et sa décision, jouit, selon moi, d'une présomption de proportionnalité au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre.

84. Dans ce contexte, j'estime que l'examen de la proportionnalité de la mesure tarifaire avec les objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre devrait conduire la juridiction de renvoi, en application des règles nationales relatives aux modalités procédurales des recours juridictionnels, y inclus celles afférentes à la charge de la preuve, à vérifier, d'une part, si les requérants au principal ont apporté suffisamment d'éléments probants capables de renverser la présomption susmentionnée dans les circonstances de l'affaire au principal, eu égard, le cas échéant, aux caractéristiques particulières du marché néerlandais et, d'autre part, si les explications fournies par l'ACM pour écarter l'application du modèle « BULRIC plus », tel que demandé par les requérants au principal, sont étayées à suffisance de droit.

26 — Voir également, en ce sens, arrêt du 19 juin 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, point 44).

27 — Voir, également, sur l'invitation de la Cour faite à une juridiction nationale d'apprécier la proportionnalité de l'obligation imposée par une ARN à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché d'installer un branchement particulier reliant le répartiteur d'un réseau d'accès au point de terminaison du réseau chez l'utilisateur final, arrêt du 19 juin 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, point 47).

85. Par ailleurs, les dispositions de la directive-cadre et de la directive « accès » ne s'opposent pas à ce que la juridiction nationale examine, dans le contexte du contrôle de la proportionnalité de la mesure tarifaire adoptée par l'ACM, la circonstance que cette mesure a été imposée sur le marché (non concurrentiel) de gros des services de terminaison d'appels fixe et mobile, mais qu'elle tend à promouvoir l'objectif de favoriser les utilisateurs finals et les consommateurs sur le ou les marchés en aval, ouverts à la concurrence.

86. À cet égard, il importe de rappeler que, en vertu de l'article 8, paragraphe 2, sous a), et de l'article 4 de la directive-cadre, les ARN doivent, en promouvant la concurrence, veiller à ce que les utilisateurs retirent un bénéfice maximal en termes, notamment, de prix et soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union, tandis que, aux termes de l'article 13, paragraphe 2, de la directive « accès », ces mêmes ARN, lorsqu'elles imposent des mécanismes de récupération des coûts, doivent également veiller à optimiser les avantages pour le consommateur. Il s'ensuit, comme l'ont indiqué à juste titre le gouvernement néerlandais et la Commission dans leurs observations écrites, que les ARN doivent prendre en considération l'intérêt de tous les utilisateurs finals, indépendamment du marché sur lequel les obligations ex ante sont imposées. Une telle appréciation des intérêts des utilisateurs finals et des consommateurs de la part des ARN n'échappe pas au contrôle juridictionnel.

87. Au demeurant, dans la mesure où, par définition, les utilisateurs finals et les consommateurs ne sont pas présents sur le marché de gros des services de terminaison d'appels fixe et mobile, il est essentiel que leurs intérêts puissent être pris en considération et évalués dans le contexte de l'examen de l'effet que vise à produire sur le marché de détail la mesure tarifaire imposée par l'ARN sur le marché de gros.

88. Examinant la question posée sous un angle différent, les requérants au principal ont, en substance, fait valoir dans leurs observations écrites qu'une ARN, telle que l'ACM, est incompétente pour fixer des obligations ex ante sur un marché concurrentiel, tel que le marché de détail de terminaison d'appels fixe et mobile, ce à quoi aboutirait cependant l'application du modèle « BULRIC strict ».

89. Il est vrai que l'article 16, paragraphe 3, de la directive-cadre interdit aux ARN d'imposer ou de maintenir l'une quelconque des obligations tarifaires visées à l'article 8 de la directive « accès » lorsqu'elles concluent qu'un marché est effectivement concurrentiel. Une ARN ne pourrait donc pas imposer une obligation tarifaire ex ante sur un marché ouvert à la concurrence, en aval du marché de gros de terminaison d'appels fixe et mobile.

90. Comme l'admet, notamment, la Commission dans ses observations écrites, l'imposition d'une méthode tarifaire en fonction des coûts, fondée sur le modèle « BULRIC strict », fait obstacle à ce que les opérateurs concernés récupèrent les coûts inévitables sur le marché (non concurrentiel) de gros de la terminaison d'appels fixe et mobile. Elle souligne aussi que l'application d'une telle méthode fondée sur un tel modèle n'empêche toutefois pas les opérateurs concernés de récupérer ces coûts sur d'autres marchés ouverts à la concurrence, ce qui, selon elle, est plus optimal, tant du point de vue de la concurrence que des consommateurs finals.

91. En d'autres termes, une méthode tarifaire fondée sur le modèle « BULRIC strict » n'a pas pour objet d'imposer des obligations tarifaires ex ante sur les marchés concurrentiels. Comme l'a confirmé la Commission lors de l'audience, les opérateurs concernés restent donc libres de récupérer tout ou partie de leurs coûts inévitables sur certains ou sur plusieurs de ces marchés, en fonction, notamment, de leur stratégie commerciale et/ou d'une évaluation économique plus juste de ces coûts sur ces marchés.

92. Quant à la seconde partie de la seconde question préjudicielle, c'est-à-dire le point de savoir si la juridiction de renvoi est autorisée à tenir compte, dans le cadre du contrôle effectué sur la décision de l'ACM, de l'influence *effective* sur le fonctionnement intérieur de la mesure tarifaire imposée par cette autorité et peut exiger de l'ACM qu'elle démontre à suffisance que ladite mesure réalise *effectivement* trois des objectifs énumérés à l'article 8 de la directive-cadre, j'estime qu'il convient d'y répondre par la négative.

93. En effet, il y a lieu de rappeler que l'article 8 de la directive-cadre prévoit que les ARN, dans l'accomplissement de leurs tâches de réglementation spécifiées dans cette directive ainsi que, notamment, dans la directive « accès », doivent prendre toutes les mesures raisonnables (et proportionnées) *visant à* la réalisation des objectifs définis à cet article, qui consistent à *promouvoir* la concurrence dans la fourniture des réseaux et des services de communications électroniques, à *contribuer* au développement du marché intérieur et à *soutenir* les intérêts des citoyens de l'Union [28].

94. Pour réaliser les objectifs exposés à l'article 8 de la directive-cadre, l'article 5, paragraphe 1, de la directive « accès » précise que les ARN doivent, notamment, s'acquitter de leurs tâches *de façon à promouvoir* l'efficacité économique, *à favoriser* une concurrence durable, *à encourager* les investissements efficaces et l'innovation, et *à procurer* un avantage maximal à l'utilisateur final [29].

95. Les obligations ex ante que peuvent imposer les ARN, dont les obligations de nature tarifaire comme celles de l'affaire au principal, doivent donc *viser à* la réalisation des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre.

96. En revanche, il ne saurait, selon moi, être requis qu'une ARN démontre que ces obligations atteignent réellement ces objectifs ou que le juge national vérifie la légalité de telles obligations selon l'influence effective qu'elles exercent sur le fonctionnement du marché intérieur [30].

97. Comme l'ont notamment souligné Ziggo et le gouvernement néerlandais, faire peser une telle charge de la preuve sur une ARN ferait abstraction de la circonstance selon laquelle l'adoption d'obligations réglementaires ex ante repose sur une analyse prospective de l'évolution du marché, qui prend comme référence, pour remédier aux problèmes de concurrence constatés, le comportement et/ou les coûts d'un opérateur efficace. Il s'agit donc de mesures axées sur l'avenir dont, par définition, la preuve qu'elles réalisent effectivement les objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre ne peut être requise. Si une ARN devait être contrainte de fournir une telle preuve, je partagerais alors l'avis de la Commission selon lequel l'effectivité des dispositions de la directive-cadre et de la directive « accès » serait affectée. En effet, une telle hypothèse aboutirait à exiger d'une ARN la démonstration d'une preuve impossible ou excessivement difficile à rapporter.

28 — Voir, en ce sens, arrêt du 19 juin 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, point 39) (caractères italiques ajoutés par mes soins).

29 — Voir arrêt du 19 juin 2014, TDC (C-556/12, EU:C:2014:2009, point 40) (caractères italiques ajoutés par mes soins).

30 — À toutes fins utiles, je rappelle que, dans le contexte de l'interprétation de l'expression « incidence sur les échanges entre les États membres », prévue à l'article 7, paragraphe 3, sous b), de la directive-cadre, la Cour a jugé qu'une mesure adoptée par une ARN relève d'une telle expression si cette mesure est susceptible d'exercer une influence, directe ou indirecte, actuelle ou *potentielle*, sur ces échanges : voir, en ce sens, arrêts du 16 avril 2005, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej et Telefonia Dialog (C-3/14, EU:C:2015:232, point 59), et du 14 janvier 2016, Vodafone (C-395/14, EU:C:2016:9, point 55) (caractères italiques ajoutés par mes soins). Au point 56 de ce dernier arrêt, la Cour a précisé qu'il ressortait des appréciations et des observations déposées devant elle que les tarifs de terminaison d'appel mobile ont une incidence sur les prix que les utilisateurs d'autres États membres doivent acquitter lorsqu'ils appellent des clients de l'opérateur concerné dans un État membre donné, ces tarifs étant répercutés sur les tarifs d'appels de l'utilisateur final.

VI – Conclusion

98. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit aux questions déférées par le College van Beroep voor het bedrijfsleven (cour d'appel du contentieux administratif en matière économique) :

1) L'article 4, paragraphe 1, de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, telle que modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, doit être interprété en ce sens qu'une juridiction nationale, saisie d'un litige relatif à la légalité d'une obligation réglementaire ex ante, prenant la forme d'un plafond tarifaire orienté en fonction des coûts imposé par une autorité réglementaire nationale sur le marché non concurrentiel de gros des services de terminaison d'appels fixe et mobile, en application de la recommandation 2009/396/CE de la Commission, du 7 mai 2009, sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE préconisant un modèle de calcul des coûts, dit « *bottom-up long-run incremental costs* (BULRIC) strict », en tant que mesure appropriée de réglementation des prix sur ledit marché, peut s'écarter d'une telle recommandation adoptée conformément à l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2002/21, telle que modifiée, si cette juridiction nationale considère que des motifs liés aux circonstances de fait de l'affaire au principal, en particulier aux caractéristiques spécifiques du marché de l'État membre en question, l'imposent.

2) Dans le cadre du contrôle juridictionnel d'une obligation réglementaire ex ante de nature tarifaire, orientée en fonction des coûts, telle que celle imposée par l'autorité réglementaire nationale dans l'affaire au principal, une juridiction nationale est habilitée à examiner la proportionnalité de cette obligation au regard des objectifs politiques et des principes réglementaires fixés à l'article 8 de la directive 2002/21, telle que modifiée par la directive 2009/140, et à l'article 13 de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), telle que modifiée par la directive 2009/140. L'appréciation de la proportionnalité de l'obligation réglementaire ex ante en question peut tenir compte des objectifs de promotion des intérêts des utilisateurs finals et des consommateurs sur les marchés de détail, ouverts à la concurrence, qui se situent en aval du marché de gros des services de terminaison d'appels fixe et mobile sur lequel cette obligation a été imposée.

3) Dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité d'une obligation réglementaire ex ante de nature tarifaire, orientée en fonction des coûts, telle que celle imposée par l'autorité réglementaire nationale dans l'affaire au principal, il ne saurait être requis de cette autorité qu'elle démontre la mesure dans laquelle une telle obligation réglementaire ex ante atteint réellement les objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21, telle que modifiée par la directive 2009/140, et/ou influence effectivement le fonctionnement du marché intérieur.