CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 10 juin 2008 [1]

I — Introduction

1. Dans la présente affaire, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour, en application de l'article 226 CE, de constater que la République de Pologne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 4, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, premier alinéa, 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») (ci-après la «directive 'accès'») [2].

2. L'examen de la transposition incorrecte des règles communautaires que la Commission reproche à la République de Pologne requiert une étude des pouvoirs d'ingérence restreints dont disposent les pouvoirs publics dans les marchés libéralisés tels que celui des télécommunications.

3. Loin de se comporter de manière neutre dans le cadre de la mise en œuvre de la directive «accès» dans son droit national, l'État défendeur intervient pour stimuler le processus d'ouverture en obligeant ex lege tous les opérateurs à négocier l'accès au réseau, sans soumettre cette obligation à la condition d'un examen préalable de la concurrence.

4. L'examen des problèmes soulevés par le recours et l'ébauche d'une réponse adéquate présentent une certaine complexité, car la législation polonaise n'interdit pas les accords entre les entreprises [3] mais, au contraire, exige que de tels accords fassent au moins l'objet de négociations.

5. De plus, en l'absence du résultat escompté, la législation polonaise habilite l'autorité

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — JO L 108, p. 7.

3 — L'article 3 de la directive «accès» impose aux États membres de veiller à éviter toute restriction qui empêche les entreprises de négocier entre elles des accords établissant les modalités techniques et commerciales de l'accès et/ou de l'interconnexion, conformément à la législation communautaire.

nationale compétente à prendre une décision substitutive contraignante, ce qui semble correspondre aux postulats du libéralisme classique de la plus vieille souche [4].

6. Il convient donc d'écarter toute confusion et, à l'issue des précisions conceptuelles nécessaires, de dégager la solution qui, telle un trésor, se cache dans l'enchevêtrement de la réglementation communautaire [5].

II — Le cadre juridique

A — *Le droit communautaire*

1. Le «principe de coopération loyale»

7. Conformément à l'article 10 CE, «[l]es États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté» en facilitant «à celle-ci l'accomplissement de sa mission». De même, «[i]ls s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts» de l'Union européenne.

2. La directive «accès»

8. Cette directive fait partie du «nouveau cadre réglementaire» [6] adopté le 7 mars 2002 et publié le 24 avril 2007 [7].

9. La directive «accès», qui suit la directive «cadre» [8], concerne l'harmonisation de l'accès et de l'interconnexion en vue d'adapter les fournitures de réseau et de services aux principes du marché intérieur.

4 — Le mot d'ordre économique «laissez faire, laissez passer», qui a été popularisé par les théories économiques d'Adam Smith, constituait une déclaration d'idées très claire.

5 — À l'instar du cas d'espèce, l'évidence du problème n'implique pas toujours une solution facile, car, comme l'écrit Quevedo y Villegas, F., dans «El mundo por de dentro», *Los Sueños*, Espasa Calpe, colección Biblioteca Austral, Madrid, 2002, nº 20, p. 187, en mettant en garde de manière allégorique contre l'hypocrisie de l'Homme, «[…] n'est pas philosophe celui qui sait où se trouve le trésor, mais celui qui travaille et qui le déterre. Même ce dernier ne l'est pas entièrement, mais seul celui qui, après en avoir pris possession, en fait bon usage».

6 — Dans les conclusions que j'ai présentées le 28 juin 2007 dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 22 novembre 2007, Deutsche Telekom (C-262/06, Rec. p. I-10057), je fais référence, avec cette expression, à quatre directives du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, à savoir la directive «accès»; la directive 2002/20/CE relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation») (JO L 108, p. 21); la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre») (ci-après la «directive 'cadre'») (JO L 108, p. 33) et la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel») (JO L 108, p. 51).

7 — JO L 108, p. 7, 21, 33 et 51.

8 — Voir note 6.

10. Le droit communautaire des télécommunications a évolué sur deux niveaux qui, même s'ils sont étroitement liés, se différencient facilement au regard de leurs destinataires.

11. Ainsi, parallèlement à la réglementation relative aux opérateurs, dans laquelle les règles relatives à l'interconnexion et à la concurrence apparaissent de manière entrelacée, il existe un autre niveau de réglementation, plus diffus, qui régit les droits des utilisateurs sur le fondement des principes de la libéralisation du secteur et de la garantie du service universel, et qui acquiert une importance particulière dans le contexte des liberté fondamentales des personnes [9].

12. Il ne fait pas de doute que la présente affaire relève du premier de ces niveaux.

13. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la directive «accès»:

«Les opérateurs de réseaux publics de communications ont le droit et, lorsque d'autres entreprises titulaires d'une autorisation le demandent, l'obligation de négocier une interconnexion réciproque pour fournir des services de communications électroniques accessibles au public, de façon à garantir la fourniture de services et leur interopérabilité dans l'ensemble de la Communauté. Les opérateurs offrent l'accès et l'interconnexion à d'autres entreprises selon des modalités et des conditions compatibles avec les obligations imposées par l'autorité réglementaire nationale conformément aux articles 5, 6, 7 et 8.»

14. L'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de ladite directive prévoit:

«Pour réaliser les objectifs exposés à l'article 8 de la directive ['cadre'], les autorités réglementaires nationales encouragent et, le cas échéant, assurent, conformément aux dispositions de la présente directive, un accès et une interconnexion adéquats, ainsi que l'interopérabilité des services et elles s'acquittent de leur tâche de façon à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à procurer un avantage maximal à l'utilisateur final.

En particulier, sans préjudice des mesures qui pourraient être prises à l'égard d'entreprises disposant d'une puissance significative

9 — On peut notamment mentionner la protection des données personnelles ou le respect de la vie privée sur Internet.

sur le marché conformément à l'article 8, les autorités réglementaires nationales doivent être en mesure d'imposer:

a) dans la mesure de ce qui est nécessaire pour assurer la connectivité de bout en bout, des obligations aux entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals, y compris, dans les cas le justifiant, l'obligation d'assurer l'interconnexion de leurs réseaux là où elle n'est pas encore réalisée;

b) aux opérateurs, dans la mesure de ce qui est nécessaire pour assurer l'accès des utilisateurs finals à des services de transmissions radiophoniques et télévisées numériques spécifiés par l'État membre, l'obligation de fournir l'accès à d'autres ressources visées à l'annexe I, partie II, dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.»

15. Bien que l'article 18 de la directive «accès» prévoie que, pour se conformer à ses dispositions, les États membres adoptent et publient les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires au plus tard le 24 juillet 2003, l'acte d'adhésion de la République de Pologne [10] a étendu le délai de transposition au 30 avril 2004.

B — *La loi polonaise sur les télécommunications*

16. L'article 26 de la loi polonaise sur les télécommunications [11] oblige tous les opérateurs de réseaux publics de télécommunications à conduire des négociations relatives à la conclusion d'un contrat d'accès à la demande d'une autre entreprise ou d'une entité visée à l'article 4, points 1, 2, 4, 5, 7 et 8 de cette loi pour fournir des services de télécommunications destinés au public et garantir leur interopérabilité.

17. Pour éviter les comportements négligents, l'article 27, paragraphe 1, de la loi sur les télécommunications permet au président de l'Urząd Komunikacji Elektronicznej (Office des communications électroniques, ci-après l'«UKE») d'arrêter un délai de clôture des négociations, qui ne peut excéder 90 jours à compter de la présentation de la demande visant à conclure un contrat d'accès.

10 — Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne (JO 2003, L 236, p. 33).

11 — Loi du 16 juillet 2004 (Dz. U de 2004, nº 171, position 1800, ci-après la «loi sur les télécommunications»).

18. Si les négociations ne sont pas entamées, si l'accès aux réseaux de télécommunications est refusé ou si le délai fixé est dépassé, chacune des parties peut demander au président de l'UKE d'arrêter une décision tranchant les questions litigieuses ou définissant les conditions de collaboration (article 27, paragraphe 2, de la loi sur les télécommunications), en joignant à sa demande un projet de contrat d'accès indiquant les positions respectives des parties et les clauses du contrat sur lesquelles il existe un désaccord (article 27, paragraphe 3, de la même loi).

19. Dans sa décision, le président de l'UKE doit mettre en balance l'intérêt des utilisateurs, les obligations imposées aux entreprises, la promotion de services de télécommunications modernes, le caractère des questions litigieuses et la possibilité pratique de mise en œuvre des propositions ou des solutions alternatives, en tenant particulièrement compte des aspects techniques et économiques de l'accès [12]. De même, il doit prendre soin de garantir l'intégrité et l'interopérabilité des services, en veillant aussi bien à l'existence de conditions non discriminatoires qu'au développement de la concurrence [13].

20. La position dominante d'une entreprise au niveau des réseaux interconnectés, l'intérêt public, y compris la protection de l'environnement et la continuité du service universel constituent également des critères pour l'arbitrage forcé [14] auquel procède le président de l'UKE [15].

21. En ce qui concerne la modification de l'accès qui est ainsi décidée, l'article 28, paragraphe 5, de la loi sur les télécommunications apporte une nuance en disposant que si les parties intéressées concluent un contrat, les dispositions de la décision administrative qui sont couvertes par ce contrat s'éteignent de plein droit [16], même si le président de l'UKE conserve la faculté de modifier la décision à la demande d'une partie ou bien d'office dans les cas justifiés par la garantie de la protection des consommateurs, d'une concurrence efficace ou de l'interopérabilité des services [17].

22. Parallèlement, dans ces mêmes cas, l'article 29 de la loi sur les télécommunications habilite le président de l'UKE à modifier d'of-

12 — Article 28, paragraphe 1, points 1, 2, 3 et 4, de la loi sur les télécommunications.

13 — Article 28, paragraphe 1, point 5, de la loi sur les télécommunications.

14 — Concernant cette expression, voir Bellodi, L., *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario*, Scientifica, Naples, 1999, p. 209.

15 — Article 28, paragraphe 1, points 6 à 8, de la loi sur les télécommunications.

16 — Article 28, paragraphe 5, de la loi sur les télécommunications.

17 — Article 28, paragraphe 6, de la loi sur les télécommunications.

fice non pas sa propre décision, mais le texte d'un contrat d'accès, ou à contraindre les parties à modifier celui-ci [18].

23. En outre, l'article 45 de la loi sur les télécommunications permet au président de l'UKE d'imposer à une entreprise, qui contrôle l'accès aux utilisateurs finals, les obligations réglementaires indispensables visant à garantir les communications de ces utilisateurs finals avec les utilisateurs des services d'un autre opérateur, y compris l'obligation d'interconnexion, dans la mesure où ces obligations constituent des solutions appropriées et proportionnées par rapport au problème identifié.

III — La procédure précontentieuse, les positions des parties et la procédure devant la Cour

24. Le 21 mars 2005, la Commission a informé l'État membre défendeur de ses doutes concernant la compatibilité entre la loi sur les télécommunications et les articles 4, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive «accès».

18 — Sans préjudice du renvoi fait par l'article 30 de la loi sur les télécommunications à la procédure administrative prévue pour la modification des contrats d'accès.

25. Dans sa réponse du 25 mai 2005, le gouvernement polonais a défendu la conformité au droit des dispositions susmentionnées en indiquant que l'extension de l'obligation de négociation visait à réduire les coûts de construction de nouvelles infrastructures supportés par les opérateurs indépendants et en reconnaissant que les dispositions de l'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive «accès» avaient été indirectement transposées.

26. En désaccord avec ces explications, la Commission a, le 4 juillet 2006, adressé un avis motivé à cet État membre, que ce dernier a contesté le 4 septembre 2006. Selon la République de Pologne, bien que la directive «accès» ne prévoie pas expressis verbis l'instauration par des dispositions légales d'une obligation de négocier des contrats d'accès, cette dernière vise à favoriser une concurrence durable et garantit l'interopérabilité au bénéfice des consommateurs. La République de Pologne se fonde donc sur l'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive «accès» qui constitue une norme de programmation obligeant les autorités réglementaires à assurer l'accès et les interconnexions des réseaux.

27. Le 8 mai 2007, la Commission a formé le présent recours sur le fondement de l'article 226, second alinéa, CE. Au cours de la procédure, l'institution requérante et l'État membre défendeur ont maintenu leurs positions respectives.

28. Le délai pour solliciter la tenue d'une audience ayant expiré sans que nul ne se soit manifesté et la réunion générale s'étant tenue le 6 mai 2008, les conclusions peuvent être présentées dans la présente affaire.

IV — L'analyse des manquements invoqués

A — *Introduction*

29. Depuis les origines de la libéralisation des télécommunications, la Commission n'a pas caché ses préoccupations concernant l'accès aux infrastructures essentielles et s'est opposée à des cas d'exploitation abusive par des entreprises qui, bénéficiant de manière exclusive des actifs nécessaires pour opérer, en refusaient l'accès à leurs concurrents.

30. Le choix d'une orientation libérale impliquait également une ouverture des mécanismes d'accès au marché et, pour ne pas laisser en arrière-plan un régime flexible d'accès, le droit communautaire a engagé une modification de la conception traditionnelle de l'accès.

31. Cependant, la seule application de la liberté de commerce ne permettait pas d'instaurer une concurrence loyale. Le monopole de fait de l'ancien opérateur public et les droits dont ce dernier avait joui durant de longues années, combinés à sa connaissance approfondie du marché et à la position privilégiée qu'il occupait, rendaient nécessaire de favoriser l'apparition d'autres entreprises en introduisant des mesures d'accompagnement en leur faveur.

32. La doctrine des «essential facilities» [19] se retrouve dans la communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications (ci-après, la «communication relative à l'accès») [20] qui vise à favoriser l'interconnexion des nouveaux opérateurs grâce à des droits identiques sur les infrastructures et sur les réseaux de télécommunication existants qui sont, dans la majorité des cas, la propriété des ex monopoles.

33. À cet effet, il est exigé, de manière cumulative, que l'installation soit «essentielle» en ce sens qu'elle est indispensable pour faire concurrence à celui qui la contrôle et qu'elle est impossible à reproduire par des moyens

19 — Doherty, B., *Just what are essential facilities?,* CMLR, 2001, p. 397 à 436, et Richer, L., *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française,* Dalloz, 1999, nº 44, p. 523.

20 — JO C 265, p. 2.

raisonnables et que, même si elle est susceptible d'être mise à la disposition d'une autre société, l'accès en soit empêché ou soit soumis à des limitations déraisonnables [21].

34. La Cour a reconnu, dans un contexte différent de celui des télécommunications, que si l'infrastructure est jugée «essentielle», le propriétaire s'oblige à convenir de son utilisation avec d'autres entreprises dans la mesure où leur activité nécessite l'accès à l'installation. Toutefois ce principe a été tempéré par une série de conditions d'interprétation stricte visant à éviter les abus résultant d'une position dominante (article 82 CE) [22].

35. Les accords constituent des outils privilégiés pour parvenir à une concurrence sans entraves et c'est pourquoi la Commission s'est réservé le droit de régler les conflits d'importance communautaire [23] et a confié aux juges nationaux les litiges ne relevant pas de la sphère communautaire.

36. Le cinquième considérant de la directive «accès» rejette, sur un marché ouvert et concurrentiel, l'existence d'obstacles à ce que les entreprises négocient des accords, en particulier lorsqu'ils ont une dimension transfrontalière, et exige, *en principe* [24], une négociation de bonne foi et sur une base commerciale.

37. Cependant, toute intervention étatique dans ce secteur se rapporte à la protection de divers intérêts publics, tels que la promotion du développement, l'extension des réseaux et même la cohésion territoriale, économique et sociale.

38. Par conséquent, l'économie de marché ne peut faire l'objet de restrictions injustifiées, car une telle atteinte n'est tolérée qu'en fonction des objectifs poursuivis par le droit communautaire et toujours dans le respect des principes d'adéquation et de proportionnalité.

21 — Une grande partie de ces limitations, identifiées par la jurisprudence nord-américaine, se retrouvent au point 91 de la communication relative à l'accès.

22 — L'arrêt du 26 novembre 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791), analyse la jurisprudence antérieure (arrêts du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission, 6/73 et 7/73, Rec. p. 223; du 3 octobre 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261, et du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission, C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743) et indique que le fait, pour le propriétaire de l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale, de refuser l'accès audit système à un autre éditeur ne constitue pas un abus de position dominante, car il existe d'autres modes de distribution, tels que la distribution par la voie postale et la vente dans les magasins et kiosques et, d'autre part, il n'y a pas d'obstacles techniques, réglementaires ou même économiques qui soient de nature à rendre impossible ni même déraisonnablement difficile pour les concurrents de créer leur propre système de distribution.

23 — Point 26 de la communication relative à l'accès.

24 — C'est nous qui soulignons.

39. Ainsi, le dix-neuvième considérant de la directive «accès» indique que «[l]e fait de rendre obligatoire l'octroi de l'accès aux infrastructures de réseau peut être justifié dans la mesure où cela permet d'accroître la concurrence, mais les autorités réglementaires nationales doivent établir un équilibre entre, d'une part, le droit pour un propriétaire d'exploiter son infrastructure à son propre avantage et, d'autre part, le droit pour d'autres fournisseurs de services d'accéder à des ressources qui sont indispensables pour la fourniture de services concurrentiels».

40. Dans ce contexte, la Commission reproche à la République de Pologne un double manquement à la directive «accès»: d'une part, elle désapprouve le fait que la loi sur les télécommunications règle les pouvoirs de l'autorité réglementaire nationale en prévoyant la négociation obligatoire et, d'autre part, elle critique l'absence d'habilitation pour la réalisation de certains objectifs.

B — *Le premier motif de manquement*

41. La Commission dénonce une violation dans le cadre de la transposition de l'article 4, paragraphe 1, de la directive «accès», car la République de Pologne, premièrement, impose aux entreprises, par la loi, l'obligation de conclure des accords, alors que la directive envisage cette obligation en tant que mesure spécifique visant à corriger une situation anomale qui lie exclusivement l'autorité réglementaire nationale, deuxièmement ignore la situation du secteur et ne différencie pas les opérateurs en fonction de leur influence, et troisièmement confond l'obligation de négocier sur l'interconnexion, que prévoit la même directive, avec la conclusion d'un contrat d'accès.

42. Dans le contexte actuel des télécommunications en Europe, les obligations ex ante ne se justifient que lorsque le marché l'exige en raison des risques sérieux pour la libre concurrence.

43. La directive «accès» relève le défi et reconnaît sans ambages, dans son treizième considérant, que «[l]'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie […]», même si la possibilité d'une telle réglementation sectorielle ex ante n'est pas écartée lorsque l'évolution des nouvelles technologies engendre un étranglement qui réclame son application, notamment dans le domaine des réseaux d'accès à haut débit.

44. Le vingt-septième considérant de la directive «cadre» apporte des éclaircissements en précisant qu'il n'existe pas de

concurrence effective sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative et lorsque les mécanismes de droit national ou de droit communautaire «ne suffisent pas à résoudre le problème».

45. Avec les années, les choses ont évolué au point que la directive «cadre» indique que «la création des conditions d'une concurrence effective dans le secteur des télécommunications» [25] a pu être réalisée.

46. Par conséquent, le fait de procéder à la transposition de la réglementation communautaire [26] en ordonnant la conclusion d'accords paraît contradictoire et implique une négation du principe fondamental selon lequel, à ce stade, la libre concurrence devrait déjà s'imposer comme une réalité incontestable.

47. Une éventuelle excuse pourrait être trouvée dans l'hypothèse dans laquelle le législateur polonais serait parti du principe d'une absence de liberté réelle en raison de l'existence d'indices de distorsion du marché, mais ces doutes se dissipent immédiatement en recourrant à la logique, car, dans ce cas, le législateur polonais procéderait à la mise en œuvre d'une autre norme juridique, mais pas à celle de la directive «accès» qui appartient au «nouveau cadre réglementaire».

48. Le droit communautaire ne néglige pas les réactions à certaines pathologies exceptionnelles susceptibles d'infecter une concurrence saine.

49. Toutefois, l'existence d'entités spécialisées et impartiales, telles que les autorités réglementaires nationales désignées à cette fin par la directive «accès», est nécessaire pour faire le diagnostique des maux et prescrire le traitement adapté à chaque cas.

50. Au niveau national, conformément à l'article 12, paragraphe 1, de la directive «accès», il appartient à l'autorité réglementaire nationale, et non pas au législateur, de veiller à ce

25 — Premier considérant de la directive «cadre».

26 — Même si le recours est relatif à la directive «accès», on ne peut ignorer que cette dernière s'inspire de la directive «cadre».

que les opérateurs satisfassent aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et d'en autoriser l'utilisation.

51. De plus, cette mission ne concerne que les cas décrits, de manière non restrictive, par la disposition susmentionnée, comme le refus d'octroi de l'accès ou des modalités et des conditions déraisonnables ayant un effet similaire qui constitueraient un obstacle à un marché de détail concurrentiel durable.

52. Parmi les mesures correctrices, on trouve «[la négociation] de bonne foi avec les entreprises qui demandent un accès» [article 12, paragraphe 1, sous b), de la directive «accès»], accompagnée de la réalisation d'une étude préalable de son opportunité et d'une évaluation de son caractère proportionné par rapport aux objectifs énoncés à l'article 8 de la directive «cadre» (article 12, paragraphe 2, de la directive «accès») que l'autorité réglementaire nationale doit réaliser en fonction de critères réalistes de nature technologique, économique et de caractère légitime [27].

53. Le droit communautaire ne recherche pas l'automatisme institué par le pouvoir législatif de la République de Pologne. Au contraire, il vise à ce que des organismes indépendants décident de la solution adéquate à chaque cas, après analyse du marché [28].

54. La manière de procéder de l'État polonais paralyse ainsi le dynamisme propre à ce secteur qui se trouve en évolution constante en raison du progrès continu que connaissent les communications électroniques.

55. Compte tenu de la possibilité que la concurrence se développe à des rythmes différents selon les segments du marché et selon les États membres, il ne faut pas négliger la possibilité d'un retour en arrière et, à cette fin, les autorités réglementaires nationales doivent avoir la possibilité d'alléger les obligations réglementaires, lorsque la concurrence permet d'atteindre les résultats escomptés (treizième considérant de la directive «accès») [29].

27 — L'article 12, paragraphe 2, de la directive «accès» renvoie à la viabilité technique et économique de l'utilisation ou de la mise en place de ressources concurrentes, compte tenu de la situation du marché et de la nature et du type d'interconnexion et d'accès concerné, au degré de faisabilité de la fourniture d'accès, à l'investissement initial réalisé par le propriétaire, à la nécessité de préserver la concurrence à long terme, ainsi qu'aux droits de propriété intellectuelle et à la fourniture de services paneuropéens.

28 — L'article 16, paragraphe 3, de la directive «cadre» exige même que les obligations visées au paragraphe 2 (parmi lesquelles figurent, par renvoi, celles de l'article 8 de la directive «accès») ne soient ni imposées ni maintenues lorsque l'autorité nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel.

29 — L'article 8 de la directive «accès», bien qu'il concerne des obligations différentes (celles des articles 9 à 13), prévoit que les autorités réglementaires nationales peuvent modifier ou supprimer ces obligations.

56. La loi sur les télécommunications va à l'encontre de cette flexibilisation puisque, en prévoyant de telles restrictions, elle fige le degré de réglementation, ce qui empêche l'organisme régulateur indépendant d'étouffer le feu de l'intervention.

57. La directive «accès» conçoit les obligations de tous les opérateurs dans le respect des principes de transparence et de publicité [30], même si elle accentue celles des entreprises disposant d'une «puissance significative sur le marché» [31]. Cette dernière expression est, selon moi, illustrative du passage de la situation de monopole à l'ouverture et est plus adéquate que l'expression de «position dominante» dans un contexte dépourvu de connotations mercantilistes.

58. Bien que la fourniture de l'interconnexion soit définie de manière générale, il existe une asymétrie en ce qui concerne ses conditions qui varient suivant la puissance de l'entreprise, étant donné que, dès le départ, en ce qui concerne les entreprises disposant d'une puissance significative, aucune analyse complémentaire du marché n'est requise [32], mais une simple justification du caractère opportun de ces conditions [33].

59. L'article 8 de la directive «accès» se réfère en effet expressément à la notion d'«opérateur [...] disposant d'une puissance significative sur un marché donné» et fait l'objet de renvois par d'autres dispositions de la directive.

60. Son article 4 soumet l'offre d'accès et d'interconnexion aux obligations imposées par l'autorité réglementaire nationale conformément audit article 8.

61. De même, l'article 12 de la directive «accès», qui prévoit l'obligation de négocier de bonne foi, acquiert sa charge normative avec ledit article 8, puisque les exigences des autorités réglementaires nationales doivent être en conformité avec ses lignes directrices.

30 — Saracci, F., *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications: exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier national de reproduction de thèses, 2004, p. 97, souligne que les télécommunications sont dynamisées par les principes classiques du droit communautaire, tels que les principes d'égalité et de non-discrimination, qui ont été qualifiés par la Cour de droits fondamentaux (arrêts du 19 octobre 1977, Ruckdeschel e.a., 117/76 et 16/77, Rec. p. 1753, et du 15 juin 1978, Defrenne, 149/77, Rec. p. 1365).

31 — L'article 14, paragraphe 2, de la directive «cadre» attribue un tel caractère à une entreprise qui, individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante, avec une telle puissance économique qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs.

32 — Prévue, à titre général, par l'article 16 de la directive «cadre».

33 — Quinzième considérant de la directive «accès».

62. Cette dualité de régimes en fonction de la puissance des entreprises ne se retrouve pas dans la loi sur les télécommunications.

63. De plus, le fait d'assimiler, dans le cadre de l'article 4, paragraphe 1, de la directive «accès», l'«accès» [34] et l'«interconnexion» [35] va incontestablement dans le sens de la thèse du manquement [36].

64. L'interconnexion passe par la voie des relations entre personnes privées; elle se rapproche du caractère d'institution de droit privé [37] et implique une technique d'interaction entre des réseaux de conceptions différentes.

65. Par ailleurs, la notion d'«accès» engendre des répercussions juridiques plus étendues que la simple connexion d'infrastructures, car elle recouvre la mise à disposition d'un ensemble de ressources ou de services et, en définitive, comprend l'«interconnexion», qui constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux publics [article 2, sous b), in fine, de la directive «accès»].

66. Dans ce cadre, la norme litigieuse ne se conforme pas aux exigences du principe de l'intervention minimale, qui reflète le principe de proportionnalité dont les contours ont été nettement délimités dans la jurisprudence de la Cour [38] et qui se fonde sur le caractère approprié, la nécessité et le rapport entre les coûts et les bénéfices.

67. L'argument du gouvernement polonais sur l'acceptation pacifique de sa législation par les entreprises de télécommunications n'apporte rien, car les particuliers ne peuvent pas contrôler le respect fidèle du droit communautaire, de même que les simples pratiques administratives, par nature modi-

34 — Défini à l'article 2, sous a), de la directive «accès».

35 — L'article 2, sous b), de la directive «accès» précise le contenu de cette notion.

36 — Il est surprenant que la loi sur les télécommunications elle-même, en son article 2, point 6, sous a), décrive la connexion comme un des éléments de l'accès.

37 — Saracci, F., op. cit., p. 106, et Strubel, X., *Brèves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécommunications,* Lex Electronica, nº 4, 1999, sur www.lex-electronica.org.

38 — Parmi les arrêts les plus anciens, il convient de souligner les arrêts du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec. p. 1125); du 24 octobre 1973, Balkan-Import-Export (5/73, Rec. p. 1091); du 28 octobre 1975, Rutili (36/75, Rec. p. 1219); du 7 juillet 1976, Watson et Belmann (118/75, Rec. p. 1185); du 5 juillet 1977, Bela-Mühle Bergmann (114/76, Rec. p. 1211); du 20 février 1979, Buitoni (122/78, Rec. p. 677); du 21 juin 1979, Atalanta Amsterdam (240/78, Rec. p. 2137), et du 13 décembre 1979, Hauer (44/79, Rec. p. 3727).

fiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne garantissent pas la transposition correcte d'une directive [39].

68. Les mécanismes mis en place par la directive «accès» et ceux créés par la loi sur les télécommunications sont donc différents, cette dernière s'écartant de sa matrice en transformant l'exception en règle, en transposant la possibilité, pour l'autorité nationale, d'ordonner de négocier sur l'interconnexion par une généralisation de l'obligation de conclure un contrat d'accès et, en outre, en maintenant une ingérence que l'organe réglementaire ne peut pas supprimer ni même modifier. Sur le fondement de ces motifs, le premier moyen soulevé par la Commission doit donc être accueilli.

C — *Le second motif de manquement*

69. La Commission considère que l'article 5, paragraphe 1, de la directive «accès» ordonne d'habiliter l'autorité réglementaire nationale à intervenir, de manière ponctuelle, au soutien des objectifs de l'article 8 de la directive «cadre», par la fixation de conditions transparentes, proportionnées et non discriminatoires. Selon elle, la loi sur les télécommunications est dépourvue de ces facultés exceptionnelles.

70. De nouveau, il convient de rechercher la solution dans la directive «cadre», dont l'article 8 ouvre le chapitre trois, qui est dédié aux «tâches des autorités réglementaires nationales» [40].

71. Même si je suis d'accord avec le gouvernement défendeur sur le fait que l'article 8 de la directive «cadre» est extrêmement général, la technique législative choisie, à savoir celle de la directive «cadre», entraîne parfois un degré d'abstraction élevé pour laisser une marge de manœuvre suffisante aux États membres et préserver ainsi son efficacité.

72. En tout cas, les paragraphes 2 à 4 dudit article 8 consacrent les objectifs de préserver,

39 — Arrêts du 13 mars 1997, Commission/France (C-197/96, Rec. p. I-1489); du 9 mars 2000, Commission/Italie (C-358/98, Rec. p. I-1255), et du 10 mars 2005, Commission/Royaume-Uni (C-33/03, Rec. p. I-1865).

40 — L'article 5 de la directive «accès» renvoie aux objectifs de l'article 8 de la directive «cadre».

respectivement, la concurrence dans les réseaux de communications électroniques, le développement du marché intérieur et le soutien des intérêts des citoyens de l'Union.

73. Dans son récent arrêt du 31 janvier 2008 [41] (point 81), la Cour a identifié, dans l'article 8 de la directive «cadre», l'obligation pour les autorités réglementaires nationales de prendre toutes les mesures raisonnables visant à promouvoir une concurrence réelle et sans entraves. Cette constatation va en défaveur du simple caractère programmateur que la République de Pologne attribue avec insistance à cet article.

74. Dans ce contexte, l'application uniforme du droit communautaire et le principe d'égalité impliquent que le sens et la portée de cette disposition soient également uniformes, et ce à plus forte raison en l'absence de renvoi exprès au droit national [42].

75. La jurisprudence a apporté une nuance selon laquelle la transposition en droit interne n'exige pas nécessairement une reprise formelle et littérale de la norme communautaire, car il suffit que le contexte juridique assure sa pleine application d'une façon claire et précise [43].

76. L'argument selon lequel il n'existe pas d'activités incompatibles avec les interdictions de la directive dans l'État membre ne saurait justifier l'omission de la loi nationale [44].

77. Pour résoudre la problématique, il convient de souligner que l'article 5, paragraphe 1, de la directive «accès» confie aux organismes réglementaires la mission permanente [45] de surveiller le marché afin de promouvoir et garantir un accès et une interconnexion adéquats, ainsi que l'efficience des services.

78. Par conséquent, l'habilitation, dont la Commission dénonce l'absence, n'a pas seulement pour objectif de permettre les

41 — Arrêt Centro Europa 7 (C-380/05, Rec. p. I-349).

42 — Arrêts du 18 janvier 1984, Ekro (327/82, Rec. p. 107); du 19 septembre 2000, Linster (C-287/98, Rec. p. I-6917), et du 18 octobre 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Rec. p. I-8817).

43 — Arrêt du 27 avril 1988, Commission/France (252/85, Rec. p. 2243).

44 — Arrêt du 15 mars 1990, Commission/Pays-Bas (C-339/87, Rec. p. I-851).

45 — À cet égard, je me rallie à l'argumentation du gouvernement polonais.

éventuelles interventions ponctuelles des autorités réglementaires, mais vise également un pouvoir de contrôle, ce qu'ignore la requête.

79. L'article 5 de la directive «accès» prévoit «en particulier» une série d'obligations dont les organes réglementaires doivent exiger le respect en vue d'assurer la connectivité de bout en bout et l'accès des utilisateurs finals à des services de transmissions radiophoniques et télévisées numériques (article 5, paragraphe 1, second alinéa, de la directive «accès»).

80. Cependant, ledit article 5 introduit ces obligations non pas de manière fermée, mais avec l'ouverture suffisante pour rendre les organes réglementaires responsables de leur fixation dans des conditions d'efficience, de concurrence durable et d'optimalisation des profits pour le consommateur.

81. Cette thèse est cautionnée par l'arrêt du 13 décembre 2001 [46] qui a étudié les pouvoirs de ces autorités dans le contexte de la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert [47] (ONP).

82. Cet arrêt [48], qui concernait le Royaume d'Espagne, offre à la République de Pologne une protection moins éphémère que celle que Frédéric Chopin a trouvée, avec George Sand, dans la chartreuse de Jésus de Nazareth de Valldemosa [49], car, sur le fondement d'une sorte d'obligation positive [50] des administrations nationales vis-à-vis de la directive 97/33, il leur a reconnu une gamme étendue de pouvoirs de sorte que, en plus d'encourager les accords négociés entre concurrents, elles déterminent également ex ante [51] l'accès à la boucle locale des abonnés et une interconnexion aux centraux de commutation locaux et de niveau supérieur.

46 — Arrêt Telefónica de España (C-79/00, Rec. p. I-10075).

47 — JO L 199, p. 32.

48 — Qui confirme les conclusions de l'avocat général Jacobs présentées dans l'affaire ayant donné lieu audit arrêt.

49 — Le célèbre couple, accompagné des enfants de l'écrivain, s'est installé à Majorque à l'automne 1838, dans l'espoir de bénéficier d'un hiver doux qui atténuerait la tuberculose dont souffrait le musicien polonais. Cependant les intempéries et, en particulier, l'humidité ont précipité le départ du couple en février 1839, Chopin ayant toutefois progressé dans la composition de ses 24 Préludes, op. 28, après avoir reçu de Paris, à l'issue de formalités douanières fastidieuses, le piano Pleyel qu'il avait commandé. Dans *Un hiver à Majorque*, Cort, 2004, George Sand retranscrit ses expériences de l'île dans une atmosphère intimiste et romantique.

50 — Que l'on pourrait énoncer comme suit: «tout ce que la directive n'interdit pas est permis».

51 — Compte tenu de la puissance significative sur le marché.

83. Face à ces évolutions, qui montrent le caractère indéfini des pouvoirs des organes réglementaires, l'argument de la Commission présente un caractère probatoire lacunaire [52] et s'accorde mal avec la prétendue absence de diligence dans la transposition de l'article 5 de la directive «accès», car, conformément à ce qui a été exposé, les articles 26 à 30 de la loi sur les télécommunications confèrent à l'autorité réglementaire des pouvoirs d'intervention étendus [53].

84. De plus, bien que je sois d'accord avec la requérante sur le fait qu'il ne conviendrait pas que ces pouvoirs soient soumis à l'existence préalable d'un litige entre opérateurs, une interdiction allant dans ce sens ne peut pas non plus être déduite de la directive «accès», car, même si les articles 26 à 30 de la loi sur les télécommunications sont limités au domaine de la procédure administrative, il n'en va pas de même de son article 45 qui exhorte résolument le président de l'UKE à imposer les obligations réglementaires indispensables pour réaliser les objectifs énoncés dans l'article 1er, paragraphes 2 et 3, de la loi sur les télécommunications, qui correspondent à ceux fixés par l'article 8 de la directive «cadre».

85. Par conséquent, je ne me rallie pas au second motif de manquement invoqué par la Commission, car les objectifs proclamés de manière générale par le droit communautaire [54] trouvent leur pendant dans l'ensemble normatif formé par les articles 26 à 30 et 45 de la loi sur les télécommunications.

V — Sur les dépens

86. Conformément à l'article 69, paragraphes 2 et 3, du règlement de procédure la Cour, si le recours est accueilli en partie, la Cour peut répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens.

87. Pour des motifs d'équité, comme il est fait droit à un seul des deux moyens invoqués par la Commission à l'encontre de la République de Pologne, il est opportun que chaque partie supporte ses propres dépens.

52 — Dans un recours en manquement dont le contenu était proche de l'espèce, l'arrêt du 10 janvier 2008, Commission/Finlande (C-387/06), a rejeté l'argumentation selon laquelle la réglementation nationale limiterait les pouvoirs de l'autorité réglementaire, car la Commission n'a pas procédé à un examen circonstancié de cette réglementation et n'a pas non plus démontré que l'organe national ne pouvait pas adopter les mesures pertinentes en vue de la réalisation des objectifs de l'article 8 de la directive «cadre».

53 — Abstraction faite de l'excès dans lequel ces articles tombent, qui fonde justement l'accueil du premier motif de manquement.

54 — J'insiste sur l'article 5 de la directive «accès» en relation avec l'article 8 de la directive «cadre».

VI — Conclusion

88. Eu égard aux considérations qui précèdent, je conclus à ce que la Cour:

1) déclare que la République de Pologne, en imposant à tous les opérateurs de télécommunications l'obligation ex lege de négocier un contrat d'accès, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4, paragraphe 1, 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»);

2) rejette le recours pour le surplus, et

3) condamne chaque partie à supporter ses propres dépens.